

التَّوْضِيحُ

شرح مختصر ابن الجلب

تصنيف

الشيخ الإمام العلامة
خليل بن إسحاق الرضوي المياطي
رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَى
(ت ٧٧٦ هـ)

حققه وضبطه ووثق نصوصه
وخرج أحاديثه وعلق عليه

أبو الفضل المياطي
أحمد بن علي

المجلد الخامس

دار ابن حزم

مركز التراث الثقافي العربي
الدار البيضاء

بجميع الحقوق محفوظة
الطبعة الأولى
١٤٣٣ هـ - ٢٠١٢ م



ISBN 978-614-416-294-1

الكتب والدراسات التي تصدرها الدار
تعبر عن آراء واجتهادات أصحابها

مركز الدراسات الثقافية والتربوية

الدار البيضاء - 52 شارع القسطلاني - الأحباس
هاتف: 022-442931 / فاكس: 022-442935
المملكة المغربية

دار ابن حزم

بيروت - لبنان - ص.ب : 14/6366
هاتف وفاكس : 701974 - 300227 (009611)
البريد الإلكتروني : ibnhazim@cyberia.net.lb
الموقع الإلكتروني : www.daribnhazm.com

التوضيح
شرح مختصر في التلخيص

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كتاب الحجر

الحجر : أسبابه : الصَّبَا ، والجُنُونُ ، والتَّبْدِيرُ ، والرَّقُّ ، والفَلَسُ ، والمَرَضُ ، والنِّكَاحُ
في الزَّوْجَةِ

هذا مصدر حجر يحجر بضم الجيم وكسرهما ، وحقيقته لغةً : المنع ، وشرعاً : منع
المالك التصرف في ماله لمصلحة نفسه أو غيره ، وذكر المصنف له سبعة أسباب .
ومفهوم العدد يقتضي الحصر فيها ، ويتقضى عليه بالحجر على الراهن لحق المرتهن ،
وبالحجر على المرتد .

وَيَنْقَطِعُ الصَّبَا بِالْبُلُوغِ وَالرُّشْدِ بَعْدَ الْاِخْتِبَارِ

وينقطع حجر الصبا على حذف مضاف بمجموع البلوغ والرشد ؛ لقوله تعالى :
﴿وَابْتَلُوا الْيَتَامَى حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ﴾ [النساء: ٥] .
ابن العربي^(١) : الابتلاء هو الاختبار والتحصيل لمعرفة ما غاب من علم العاقبة ،
والرشد لا يعرف إلا بالاختبار .

ابن رشد^(٢) والمازري : ويكون الاختبار بعد البلوغ على المشهور ، وقال أبو جعفر
الأبهري وغيره من البغداديين : يكتفى به قبله .

وقوله : (بَعْدَ الْاِخْتِبَارِ) في محل حال ، فإن جعل حالاً من البلوغ لزم أن يكون كلام
المصنف موافقاً لقول أبي جعفر ، وإن جعل من الرشد أو منهما احتمل المشهور والشاذ .
ولا خلاف أنه لا يخرج من الحجر قبل البلوغ وإن ظهر رشده .

فإذا بلغ فإما أن يكون أبوه قد حجر عليه وأشهد بذلك أم لا ، فإن حجر عليه فحكمه
كمن لزمته الولاية فإن لم يحجر عليه ، فإما أن يعلم رشده أو سفه ، فإن علم أحدهما
عمل عليه ، وإن جهل فالمشهور أنه محمول على السفه .

وروى زياد وابن غانم عن مالك أنه محمول على الرشد ، وأخذ من قوله في نكاح

(١) أحكام القرآن (١/٤١٩) .

(٢) « البيان والتحصيل » (١٠/٤٨٣) .

«المدونة»^(١) : إذا احتلم الغلام فله أن يذهب حيث شاء ، لكن تأوله الشيخ أبو محمد على أن المراد بنفسه لا بماله .

وقال ابن العطار : هو على السفه إلى عام ، فعلى هذا الحجر عليه ما لم يتم العام ، وقال في «المقدمات»^(٢) : وروي عن ابن العطار أيضاً أنه يجوز للرجل تسفيه ولده بعد البلوغ إلا أن يكون معروفاً بالرشد ، ولم يفرق بين القرب والبعد .

وحكى غيره من الموثقين أن تسفيته جائز ، وإن لم يعلم سفهه ، إذا كان بحدائثه بلوغه قبل انقضاء عامين .

تنبيه : ما ذكره المصنف من انقطاع حجر الصبي بالبلوغ والرشد إنما هو في حق ذي الأب ، وأما ذو وصي أو مقدم القاضي فلا ينفك الحجر عنه إلا بإطلاقه من الحجر ، ثم الوصي الذي من قبل الأب له الإطلاق ويصدق فيما يذكر من حاله ، وإن لم يُعرف ذلك إلا من قوله ، وقال ابن القاسم في «العتبية»^(٣) : لا يجوز إطلاقه إلا أن يتبين حاله ويعرف رشده ، وأما المقدم من جهة القاضي فالمشهور على ما قاله المازري وغيره أنه كوصي الأب ؛ لأن القاضي جبر به الخلل الكائن بترك الأب تقديم وصي لهذا الابن .

وقال ابن زرب : هو كوكيل عن القاضي ، فلا يكون له الإطلاق إلا بإذن من القاضي ، إلا أن يكون معروفاً بالرشد .

وحكى ابن رشد^(٤) وغيره قولين - إذا قلنا إنه يطلقه دون إذن القاضي - : هل يشترط أن يعرف رشده أو لا [يشترط] ذلك ؟

فإن قلت : لم جعلتم الوصي على المشهور أقوى من الأب وهو فرعه ؟

قيل : لأن الأب لما أدخله في ولاية الوصي كان بمنزلة ما لو حجر عليه ، وهو لو [حجر] عليه لم يخرج منه إلا بالإطلاق .

ويعرف الرشد بوجهين :

أحدهما : أن يتأمل أحوال يتيمة ويحصل له العلم بنجاته .

(١) «المدونة» (٤/١٥٧) .

(٢) «المقدمات» (٢/٣٤٩) .

(٣) «البيان والتحصيل» (١٠/٤٨٣) .

(٤) «المقدمات» (٢/٣٤٩) .

الثاني : أن يدفع إليه شيئاً من ماله يجبره به في التجارة ، فإن نماه وحسن القيام به سلم إليه جميع ماله وإلا استمر عليه الحجر ، قاله ابن العربي .

وَفِي الْأُنْثَىٰ بِأَنَّ تَزَوَّجَ وَيَدْخُلُ بِهَا عَلَى الْمَشْهُورِ ، ثُمَّ تُبْتَلَىٰ بَعْدَهُ سَنَةً ، وَقِيلَ : كَالذَّكْرِ دل قوله : (وَفِي الْأُنْثَىٰ) أن الكلام المتقدم في الذكر تقديره : وينقطع في الذكر بكذا ، وفي الأنثى بالرشد ، وأن تزوج ويدخل بها زوجها ؛ لأنها قبل ذلك محجوبة عن الناس والتصرف ، ومراده بالأنثى ذات الأب .

و (عَلَى الْمَشْهُورِ) راجع إلى دخول الزوج .

(وَقِيلَ : كَالذَّكْرِ) يحتمل أن يريد به أنه ينقطع عنها بالبلوغ والرشد ، وهو ظاهر كلامه وهو قول حكاة المازري واللخمي ، وذكر أنه وقع لملك في كتاب الحبس من «المدونة» .

وقال ابن راشد : قوله : (وَقِيلَ : كَالذَّكْرِ) يريد أنها تخرج بمجرد البلوغ ، وهي رواية ابن غانم وزباد عن مالك .

قال في «المقدمات»^(١) : ومعنى هذه الرواية عندي إذا علم رشدها أو جهل حالها ، وأما إن علم سفهها فهي باقية في ولايته .

وقوله : (ثُمَّ تُبْتَلَىٰ بَعْدَهُ) ؛ أي بعد الدخول .

(سَنَةً) : وظاهره أنه لا يكفي مضي العام بعد الدخول إذا لم يكن الاختبار مستوعباً فيه ، وأنه لا بد من أن يكون الاختبار في مجموع السنة ، وفي هذه المسألة - أعني في الحد الذي تخرج به ذات الأب من الحجر - أقوال :

أولها : ما ذكره المصنف أنها في ولاية أبيها حتى يمضي لها العام ونحوه بعد الدخول ، وهو قول مطرف في «الواضحة» ، فتكون أفعالها قبل العام مردودة ما لم يعلم رشدها ، وبعده جائزة ما لم يعلم سفهها .

ثانيها : أنها في ولايته حتى يمر لها عامان ، وهو قول ابن نافع .

ثالثها : حتى تمضي لها سبعة أعوام ، [وعزي لابن القاسم ، وبه جرى العمل عند أهل قرطبة .

وقال ابن أبي زمنين : الذي أدركت عليه الشيوخ أنها تخرج من الولاية بمضي ستة أعوام [إلا أن يجدد الأب عليها سفها قبل ذلك ، [وهو قول رابع .

خامسها] : وهو المشهور على ما في «البيان»^(١) أنها في ولايته حتى يشهد العدول على صلاح أمرها ، وهي على هذه الرواية مردودة الأفعال قبل دخول زوجها وإن علم رشدها ، فإن دخل بها زوجها وعلم رشدها خرجت من ولاية أبيها ، وإن كانت بقرب بنائه ، قال : وهذا قول مالك في «الموطأ»^(٢) و«المدونة»^(٣) و«الواضحة» ، واستحب مالك في رواية مطرف أن تؤخر إلى العام من غير إيجاب ، ونحوه لعياض في باب النكاح ، ولكنه زاد بعد أن عين المشهور أنها لا تخرج إلا بالدخول ومعرفة صلاح حالها ، فقال : ومعناه أنها لا يعرف سفها ، انتهى .

وعلى هذا فلا يشترط أن تشهد العدول بصلاح الحال [بل بعدم] السفه .

سادسها : أنها في ولاية أبيها ما لم تعنس أو يدخل بها زوجها أو يعرف من حالها ، وسيأتي الخلاف في سن تعنس ذات الأب إثر هذه حيث تكلم المصنف على المعنسة ، وقال المازري : المشهور من المذهب أن الثيب من النسوان البالغ تحمل على الرشد .

واختلفت إشارات المذهب عند بعض أشياخي في مجرد الدخول ، هل يقتصر عليه ؟ أو لا بد من اختبار حالها بعد الدخول ؟ وروى بعض أشياخي أن البدوية لا يوسع لها بعد الدخول كما يوسع في ذلك في بنات كبار التجار .

وعلى هذا فما قدمه المصنف خلاف المشهور ، وقرأ بعضهم قول المصنف : (ثُمَّ تَبْتَلَى بَعْدَهُ سَنَةً) بالتاء لا بالنون ليوافق ما جرى به العمل على ما حكاه ابن أبي زمنين ، وفيه بعد .

تنبيه : قول ابن أبي زمنين : ما لم يجدد الأب الحجر عليها ، يدل على أن له أن يجدد الحجر عليها ، وإليه ذهب ابن زرب وابن العطار ، وقال الأصيلي وابن القطان : ليس له ذلك إلا بإثبات سفها ، وعلى الأول فلو أوصى عليها حينئذ ، ثم تراخى موته حتى بلغت الحد الذي تجوز فيه أفعالها فقولان :

(١) «البيان والتحصيل» (٤٨٢/١٠) .

(٢) «الموطأ» (٥٢٥/٢) .

(٣) «تهذيب المدونة» (٤٠/٤) .

أحدهما : أن إيصاءه عليها لازم كتجديد الحجر عليها الذي لا ينفك إلا بإثبات رشدها بالبينة العادلة .

وثانيهما : أن ذلك غير لازم بخلاف تجديد السفه ، وقالوا : ذلك بمنزلة الأب يولي على ابنته وهي بكر ثم يزوجها ، فتقيم مع زوجها سبع سنين أو أكثر فيموت ، أن الإيصاء ساقط .

ابن راشد : لا أعلمهم اختلفوا في لزوم الولاية عليها إذا أوصى عليها بعد دخول زوجها ، ثم مات بعد بلوغها الحد الذي هو وقت خروجها من ولايته ، ولا يبعد دخول الاختلاف في ذلك بالمعنى ، قال : وأما إن أوصى على ابنته وهي صغيرة أو بكر ثم مات وهي بكر قبل دخول زوجها بها قبل مضي المدة المؤقتة لخروجها من ولايته ، فالولاية لها لازمة .

فَأَمَّا الْمُعْنَسَةُ فَالرُّشْدُ لَا غَيْرُ ، وَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ : إِلَّا أَنْ تَكُونَ بَابٍ أَوْ وَصِيٍّ

يعني : أن الذي تقدم إنما هو في بكر لم تعنس .

وأما المعنسة فيكتفى فيها بالرشد وجعلوا [علو السن] يقوم مقام التزويج ، وسواء كانت ذات أبٍ أو وصي أو مهملة .

ولهذا قال : (ابْنُ الْقَاسِمِ ... إلخ) أي إنما يكتفى بالرشد في المهملة ، وأما ذات الأب والوصي فلا ، وهذا هو المعروف من قول ابن القاسم ، والذي في «المدونة»^(١) أنه يجوز فعل المعنسة إذا أنس منها الرشد ، وإن لم يجزه أبوها ، وقال مالك : يجوز إن أجازه الأب .

وقال في رواية عبد الرحيم : يجوز بشرط التعنيس فقط ، ولهذا قال بعضهم في «المدونة» في هذه الصورة ثلاثة أقوال :

الجواز بشرط التعنيس فقط ، وهي رواية عبد الرحيم .

والجواز بشرطين التعنيس وإيناس الرشد ، وهو قول ابن القاسم .

والجواز بثلاثة شروط ، فيزاد إلى ذلك إجازة الأب ، وكلام اللخمي وابن رشد يتنافيه ؛ لأنهما جعلوا قول مالك أن إجازة الأب في من جهل حالها ، قال في «المقدمات»^(٢) :

(١) « تهذيب المدونة » (٣ / ٢٧٦) .

(٢) « المقدمات » (٢ / ٣٥٤) .

والمشهور المعمول به أنها إذا كانت يتيمة وهي ذات وصي من قبل الأب أو مقدم من جهة القاضي أنها لا تخرج من ولايته وإن عنست وتزوجت ودخل بها زوجها وحسن حالها ما لم تطلق من الحجر ، قال ابن الماجشون : حالها مع الوصي كالأب في خروجها من ولايته بالتعنيس أو النكاح مع طول المدة وتبيين الرشد .

واختلف في حد التعنيس فقليل : ثلاثون ، وقيل : خمس وثلاثون ، وقيل : أربعون ، وقيل : من الخمسين إلى الستين ، والتعنيس مأخوذ من التكسيل والعجز ؛ لأن الغصن الرطب إذا مر عليه الزمان ذهب مائته وانكسرت نعمته وحط لونه .

فرع :

لم يتعرض المصنف للمهملة إلا إذا كانت معنسة ، قال في «المقدمات» : واختلف في اليتيمة التي لم يولَّ عليها أب ولا وصي على قولين :

الأول : أن أفعالها جائزة إذا بلغت المحيض وهو قول سحنون في «العتبية»^(١) ، وقول غير ابن القاسم في «المدونة» ورواية زياد عن مالك .

والثاني : أن أفعالها مردودة ما لم تعنس وهو مذهب «المدونة» ؛ لأن فيها لا يجوز حتى تعنس وتقع عن المحيض ، أو ما لم تتزوج ويدخل بها زوجها وتقيم معه مدة يحمل أمرها فيها على الرشد ، قيل : أقصاها العام وهو قول ابن الماجشون وإليه ذهب ابن العطار في «وثائقه» ، وقيل : ثلاثة أعوام ونحوها ، وقال ابن أبي زمنين : الذي أدركت عليه العمل لا يجوز فعلها حتى تمر بها الستان والثلاث .

[وفي حد تعنيس اليتيمة خمسة أقوال :

الأول : لابن نافع أقل من ثلاثين .

الثاني : لابن الماجشون ثلاثون .

الثالث : لمالك في رواية مطرف وابن القاسم] في رواية أصبغ أربعون .

الرابع : لابن القاسم من رواية سحنون عنه من الخمسين إلى الستين .

الخامس : حتى تقعد عن المحيض ، وهو قوله في «المدونة» ، انتهى .

وَبُلُوغُ الذَّكْرِ : بِالِاحْتِلَامِ أَوْ بِالِإِنْبَاتِ ، أَوْ بِالسِّنِّ - وَهِيَ ثَمَانِي عَشْرَةَ ، وَقِيلَ : سَبْعَ

(١) «البيان والتحصيل» (١٠/٤٨٤) .

عَشْرَةً، وَقِيلَ: خَمْسَ عَشْرَةَ - وَتَزِيدُ الْأُنْثَى بِالْحَيْضِ وَالْحَمْلِ

حاصله أن للبلوغ خمس علامات ، وقد تقدم الكلام عليها في النكاح ، والمشهور أن ما ذكره أن الإنبات علامة ، قاله المازري وغيره ، ودليله حديث بني قريظة ، ومالك في كتاب القذف أنه ليس علامة على البلوغ ، ونحوه لابن القاسم في كتاب القطع .

وجعل في «المقدمات»^(١) هذا الخلاف فيما بينه وبين الأدميين ، قال : وأما فيما بينه وبين الله من وجوب الصلاة ونحوها فلا خلاف أنه ليس بعلامة .

وَيُصَدَّقُ فِي الْإِحْتِلَامِ مَا لَمْ تَقْمُ رِيْبَةً، وَالْإِنْبَاتُ مِثْلُهُ، وَقَوْلُ ابْنِ الْعَرَبِيِّ: يُنْظَرُ فِي الْمَرْأَةِ - غَرِيبٌ....

لما ذكر علامات البلوغ شرع في ذكر معرفتها قال في «الجواهر» : وأما السن فبالعدد ، وأما الاحتلام فيصدق فيه ما لم تقم ريبة ؛ إذ لا يعرف إلا من جهته ، وسواء كان طالباً كما لو ادعى أنه بلغ ليأخذ سهمه في الجهاد ، أو مطلوباً كما لو جنى جناية وادعى عليه البلوغ ليقام عليه حدها وأنكر هو ذلك .

وأما الإنبات، فقال ابن العربي^(٢) : يكشف عن عورته ويستدبره الناظر فينظر في المرأة . وأنكره ابن القطان المحدث المتأخر ، وقال : لا يجوز النظر إلى العورة ولا إلى صورتها، ولعل المصنف أطلق الغرابة عليه لهذا الإنكار ، وإن أراد لأنه لم يقله غيره وكثيراً ما يطلق المحدثون على الحديث الغرابة لهذا المعنى ؛ ففيه نظر ؛ لأن عبد الوهاب حكاه عن بعض شيوخه في كتاب الأحكام له أنه قال بذلك في عيب المرأة في النكاح : أنه تجلس امرأتان خلف المرأة كما ذكرنا .

خليل : ولو قيل : يحبس على الثوب كما قيل في العنة ما بعد .

وَالرُّشْدُ: أَنْ يَكُونَ حَافِظًا لِمَالِهِ عَارِفًا بِوُجُوهِ أَخْذِهِ وَإِعْطَائِهِ، وَقِيلَ: وَجَائِزُ الشَّهَادَةِ

الظاهر أن قوله : (عَارِفًا بِوُجُوهِ أَخْذِهِ وَإِعْطَائِهِ) بيان لحفظ المال .

فإن قيل : لم لا تجعلوا قوله : (عَارِفًا بِوُجُوهِ أَخْذِهِ وَإِعْطَائِهِ) قيداً آخر ويكون المراد به

(١) « المقدمات » (٢/٣٤٥) .

(٢) « الجواهر » (٢/٦٢٧) .

تنمية المال ؟ قيل : لأن اللخمي نقل الاتفاق على أن من لا يحسن التجر ويحسن الإمساك أنه لا يحجر عليه ، لكن ذكر المازري خلافاً فيما ينفك به الحجر عن المحجور عليه ماله هل بمجرد حفظه فقط ، أو بزيادة اشتراط حسن تنميته ؟

ووجه الثاني بأنه إن لم يحسن ذلك كان ذلك مؤدياً إلى فناء ماله ، والأول بأنه لما كان لا يلزم القابض من أب أو وصي أو مقدم أن يتجر له ، وإنما يلزمه صيانتة فمالكه أولى ، قال : ويتبغى عندي أن يلتفت إلى قلة المال وكثرته .

وعلى هذا فيمكن أن يريد المصنف هذا ويكون قيدياً ثانياً ، ويكون مراده بيان الرشد الذي يخرج به من الحجر لا الرشد الذي لا يضرب معه الحجر ، فإن ذلك متفق على أنه لا يراعى فيه القيد الثاني كما ذكره اللخمي ، والمشهور أنه لا يشترط في الرشيد أن يكون جازئ الشهادة إذا كان حافظاً لماله ، وإن كان يشرب الخمر ونحوه وهو قول ابن القاسم وأصبغ ، وقال المدنيون كابن كنانة ومطرف وابن الماجشون : يحجر على من يشرب الخمر ، واختاره ابن المواز .

وأشار غير واحد إلى أن هذا الخلاف إنما هو فيما يخرج به السفیه من الحجر : هل يحفظ ماله وهو المشهور ، أو بحفظه مع جواز الشهادة ؟

ابن يونس : وأما ابتداء الحجر على السفیه فلا يبتدأ ذلك باتفاق .

واعترضه ابن عبد السلام وقال : ليس متفقاً عليه ، فقد حكى ابن شعبان في التحجير على الفاسق لفسقه قولين ، غير أن الظواهر دالة على عدم الحجر ؛ لأنه عليه الصلاة والسلام والخلفاء بعده أقاموا الحدود على من وجبت عليه ، ولم يحجروا عليه .

وحكى اللخمي في الحجر على من يخدع في البيوع قولين :

أولهما : لا يحجر عليه ؛ لقوله ﷺ « لمن كان يخدع فيها : « إذا بعث فقل لا خلافة » .

والثاني : لابن شعبان : يحجر عليه ، ما لم يتبين رشد اليتيم بدخوله الأسواق ومخالطته لغيره في الشراء والبيع ، فيعرف رشده بأن ينكر على المغبون [ويغبط] الحافظ لماله ويصوب فعله .

اللخمي : واختلف هل يتلى بشيء من ماله فيدفع إليه ، وظاهر ما في « المدونة » في كتاب المديان المنع ؛ لأنه قال : إذا فعل ذلك الولي فلحقه دين لم يلحق ذلك الدين المال

الذي في يده ولا الذي في يد وصيه .

وأجاز ذلك غيره ، وقال : يلحق ذلك الدين في المال الذي في يده ، وقاله الشيخ [أبو محمد عبد الوهاب^(١)] (٢) .

عياض : وعلى قوله : (إنه لا يعطى الصغير) لا يعطى البالغ السفیه أيضاً ؛ لأن العلة كونه مولى عليه ، هذا معنى كلامه ، وفي كتاب الوصايا من «المدونة» مثل قول الشيخ أبي محمد ؛ لقوله : (وإذا أذن للصبي أن يتجر جاز) ، وعليه فالبالغ السفیه أولى ، وفي المسألة ثالث بالجواز في السفیه البالغ دون الصغير .

وقال أبو عمران : إنما يجوز في الصغير بشرط أن يطلع الوصي عليه من يعينه في تصرفه وإلا فهو ضامن .

ابن الهندي : وإنما يختبره إذا علم منه خيراً ، قيل : الشرط أن يختبره باليسير كالخمسين ديناراً أو الستين ؛ أي في حق من يليق به ذلك .

وَصِفَةُ السَّفِيهِ أَنْ يَكُونَ ذَا سَرْفٍ فِي اللَّذَاتِ الْمُحَرَّمَاتِ بِحَيْثُ لَا يَرَى الْمَالَ عِنْدَهَا شَيْئاً
ولو قال : (والسفه السرف في اللذات... إلخ) لكان أحسن لكونه أخصر ، ولأنه مقابل للرشد ، واشترطه أن تكون اللذات محرمة .

قال ابن عبد السلام وغيره : هو خلاف ظاهر «المدونة» ، ولا يقال : قوله جارٍ على قول من يرى أن الفسق موجب للحجر ؛ لأن هذا القائل يرى أن مجرد الفسق يوجب الحجر .

والمصنف قد اشترط أن يكون ذا سرف فيها ، ويكفي في السفه كونه مسرفاً في اللذات المباحة والمكروهة ، وفي «المدونة» و«الجواهر»^(٣) : وصفة من يحجر عليه من الأحرار أن يكون يبذر ماله سرفاً في لذاته من الشرب والفسق وغيره ، فقوله : (وغيره) يبين لك ذلك .
وأيضاً فإن قوله في حد الرشد : أن يكون حافظاً لماله ، يدل على أن من يسرف في اللذات المباحة وغيرها سفیه ؛ إذ لا واسطة بين السفه والرشد .

(١) في ط : أبو محمد وعبد الوهاب .

(٢) «التلقين» (ص / ٤٢٦) .

(٣) «الجواهر» (٢/ ٦٢٨) .

وقال المازري : وقولنا : إن التبذير في غير الفسوق يوجب الحجر فكيف بالتبذير في الفسوق ، فظاهره أن التبذير في المباحات يوجب الحجر ، لكن قال بعد ذلك : وأما إنفاقه في الملاذِّ والشهوات وجمع الجماعات لأكل الكثير من الطيبات في المبيلات والمؤانسات ، ففيه إشكال .

وقال بعض أصحاب الشافعي : إنه يوجب الحجر ، وعن ابن القصار كذلك ، ولكن شرطه بشرط وهو أن يكون ما فضل عنه من ذلك لا يتصدق به ولا يطعمه [فقال : وقوله : (ولا يطعمه)] بعد ذكره الصدقة الظاهر أنه أراد إطعامه لإخوانه وهذا [قد يشير إلى] (١) أنه [لا] يرى ما ذكرناه عن بعض أصحاب الشافعي أنه يوجب الحجر .

وعلى هذا فيكون كلام ابن القصار يوافق ظاهر كلام المصنف ، وانظر لو كان السفية المبذر لماله في شهواته يتجر بما في يده تجارة تصير إنفاقه في شهواته من الربح ورأس المال محفوظ ؛ أي المال الذي بيده ، وفي الحجر على هذا إشكال .

وَتَصَرَّفَهُ قَبْلَ الْحَجْرِ عَلَى الرَّدِّ كَالْمَحْجُورِ عَلَيْهِ عَلَى الْأَصْحَبِ بِنَاءً عَلَى أَنَّ الرَّدَّ لِلْسَفِيهِ لَا لِلْحَجْرِ

أي : المال إذا تصرف السفية فيه ، وأما مجهول الحال فأفعاله جائزة لا يرد شيء منها بالاتفاق ، وحكاها في «المقدمات» (٢) وهذا هو السفية المهمل .

والأصح لابن القاسم على ما في اللخمي والمازري و «المقدمات» (٣) وغيرها ، ومقابله نقله اللخمي عن ابن كنانة وابن نافع ، وعزاه في «المقدمات» (٤) [لمالك وكبار] أصحابه ، وصرح في «المقدمات» في موضع آخر بمشهورية هذا القول .

وذكر أيضاً في «البيان» في باب النكاح أن ما صححه المصنف هو المشهور من قول ابن القاسم ، وأن المشهور من مذهب مالك خلافه ، وقد روى زياد القرطبي عن مالك أنه سأله عن سفية عندهم يكسر قوارير البللور على ناصية فرسه ويشترى البازي والكلب

(١) في ط : قدر يسير إلا .

(٢) «المقدمات» (٢/٣٥١) .

(٣) «المقدمات» (٢/٣٥١) .

(٤) «المقدمات» (٥/١٠٦) .

بالضيعة الخطيرة ، فقال : تمضي أفعاله ، ثم سأله بعد زمان فقال : تمضي أفعاله ، ولو كان مثل سفيهمكم .

وصحح المصنف الأول لما قاله المازري أنه اختيار المحققين من أشياخه ؛ لأن السفه هو العلة في حجر الحاكم ، ورأى مقابل الأصح أن العلة في رد أفعاله الحجر ؛ لأن ثبوت السفه يحتاج إلى اجتهاد وكشف ، وهو مما اختلف فيه .

وقال مطرف وابن الماجشون بالتفصيل ، فإن اتصل سفهه من حين بلوغه لم يجز شيء من أفعاله ، وإن سفه بعد أن أنس منه الرشد فأفعاله جائزة ولازمة ما لم يكن يبيعه ببيع سفه وخديعة ، مثل أن يبيع ما قيمته ألف دينار بمائة دينار ونحوه فلا يجوز ذلك عليه ، وكذلك هبته ، والثاني لأصيح : إن لم يكن معلناً بالسفه مضت أفعاله ، وإلا فلا ، ومن الشيوخ من رأى أن السفه الظاهر البين يوجب رد أفعاله بخلاف السفه الخفي .

فإن قلت : لم جعلت هذه الأقوال زيادة على كلام المصنف ؟ وهلاً جعلت الجميع مقابلاً للأصح ؟!

قيل : لثلاثة أوجه :

الأول : أن المنطوق به إنما يدل على مقابلة الإجازة ، وأما القولان بالتفصيل فلا [دلالة له عليهما] .

الثاني : أن عادة المصنف أن يجعل مقابل الأصح والمشهور ونحوهما قولاً واحداً .

الثالث : أن قوله : بإثره (وعليهما) يبين أنه لم يرد إلا قولين ، والله أعلم .

تنبيهه : [قال في «المدونة»^(١) : ومن أراد أن يحجر على ولده أتى به الإمام ليحجر عليه ، ويشهر ذلك في الجامع وفي الأسواق ويشهد على ذلك ، فمن باعه أو ابتاع منه بعد ذلك فهو مردود وأخذ من هذا غير واحد أن مذهب «المدونة» موافق [للمالك] وكبار أصحابه ، مخالف لابن القاسم .

قال في «المدونة» : ولا يتولى الحجر إلا القاضي ، قيل : فصاحب الشرطة؟ قال : القاضي أحب إلي .

عياض : و(أحب) هنا على الوجوب ، وقال شيوخنا : إن الحجر مما يختص به القضاة

دون سائر الحكام . وذكر ابن سهل أن ثمانية أشياء لا يحكم فيها إلا القاضي : التسفيه ، والترشيد ، والنظر في الوصايا ، والنظر في الأحباس المعقبة ، والنظر في مال الأيتام ، والنظر في أمر الغائب ، والنظر في الأنساب ، [والنظر في الولاء ، زاد أبو محمد صالح]: والنظر في الحدود والقصاص .

وإذا أجزنا الحجر على السفيه الكبير فمذهب ابن القاسم أن السفه الذي يمنع أن يعطى ماله إذا بلغ يوجب استئناف الحجر عليه ، وإن كان كبيراً مهملاً ، ومذهب أشهب أن استئناف الحجر لا يجوز إلا بثبوت سفه ظاهر بين .

وَعَلَيْهِمَا الْعَكْسُ فِي تَصَرُّفِهِ بَعْدَ الْحَجْرِ إِذَا رَشِدَ

أي : القولين بسببهما ينعكس الحكم في المحجور عليه إذا رشد ، ولم يحكم القاضي بإطلاقه ، فعلى قول ابن القاسم تمضي أفعاله ؛ لأن المعتبر عنده إنما هو حال التصرف لا حكم الحاكم ، وعلى قول مالك لا تمضي ؛ لأنه محجور عليه ، ولم يفكه القاضي .

خليل : وقد يقال : وإن قلنا : إن الحجر لأجل حجر القاضي ، لكن هو معلل في الأصل بالسفه ويلزم من زوال العلة زوال المعلول .

فإن قلت : مقتضى كلام المصنف أن ابن القاسم يقول بالإمضاء هنا ، ونقل في «المقدمات»^(١) أن زونان روى عن ابن القاسم أن من ثبتت عليه ولاية فلا تجوز أفعاله حتى يطلق منها .

قيل : المشهور عنه خلاف هذا ، فقد قال في «المقدمات» أيضاً قبل هذا ومتصلاً به : وأما ابن القاسم فمذهبه أن الولاية لا يعتبر ثبوتها إذا علم الرشد ولا سقوطها إذا علم السفه .

وَفَائِدَةُ الْحَجْرِ رَدُّ التَّصَرُّفَاتِ الْمَالِيَّةِ كَالْبَيْعِ وَالشَّرَاءِ وَالنِّكَاحِ وَالْإِفْرَارِ بِالذَّيْنِ ،
وَيَأْتِلَافِ الْمَالِ وَالتَّوَكُّلِ إِلَّا وَصِيَّةَ الصَّغِيرِ إِذَا لَمْ يَخْلُطْ فِيهَا كَالسَّفِيهِ

(أل) في (الحجر) للعهد ؛ أي الحجر الذي هو أقرب مذكور وهو حجر السفيه ، ويحتمل الحجر في أول الكلام ؛ أعني الذي عدد أسبابه وإن كان مراده هذا الثاني فهو مخصوص ؛ إذ المريض لا يمنع من البيع والشراء إذا لم يحاب أو حابى بدون الثلث ، ولا

يمنع من الإقرار بالدين لمن لا يتهم عليه ، وكذلك الزوجة لا تمنع من التصرف في الثلث ويكون المصنف أطلق هنا لما سيأتي .

فإن قلت : لا يصح أن يريد الثاني ؛ لأن قوله : (كالسفِيهِ) يردّه ؛ إذ السفِيهِ أحد أنواعه .

قيل : قوله : (كالسفِيهِ) إنما هو راجع إلى الوصية فقط ، وقصد المصنف بذلك بيان حكم وصية الصغير والسفِيهِ ، وهو الجواز وإلا فهو لم يقدم حكم وصية السفِيهِ .

وقوله : (كَالْبَيْعِ وَالشَّرَاءِ) قال في «المدونة»^(١) : وأما شراؤه ما لا بد منه مثل الدرهم يتناع به لحمًا ومثل خبز وبقل ونحوه يشتري ذلك لنفسه مما يُدفع إليه من نفقته فجائز ، وأخذ منه ابن الهندي أن الوصي لا يدفع لمحجوره إلا نفقة نفسه خاصة .

وقال ابن العطار : يدفع إليه نفقة نفسه ورفيقه وأمهات أولاده ، وأما الزوجة فهي تقبض لنفسها .

قال في «البيان» : وإن باع اليتيم دون إذن وصيه أو الصغير من عقاره وأصوله بوجه السداد في نفقته التي لا بد له منها ولا شيء له غير المبيع وهو أحق ما يباع من أمواله فاختلف فيه على ثلاثة أقوال :

أحدها : أن البيع يرد على كل حال ، ولا يتبع بشيء من الثمن ، وهو قول ابن القاسم ، وهو أضعف الأقوال .

الثاني : أن البيع يرد إذا رأى ذلك الوصي ولا يبطل الثمن عن اليتيم ، ويؤخذ من ماله ، وهو قول أصبغ .

الثالث : أن البيع يمضي ولا يرد .

وأما إن باع بأقل من القيمة أو باع ما ليس هو الأحق بالمبيع [فلا خلاف أن البيع يرد وإن لم يبطل الثمن على اليتيم] لإدخاله إياه فيما لا بد له منه ، وأما ما باع اليتيم من ماله وأنفقته في شهوته التي يستغني عنها فلا خلاف أنه يرد ولا يتبع بشيء من الثمن كان المبيع يسيراً أو كثيراً ، أصلاً أو عرضاً ، وهو محمول فيما باعه وقبض ثمنه على أنه أنفقته فيما لا بد له منه حتى يثبت أنه أنفقته فيما له عنه بد .

(١) «المدونة» (١٣/٢٢٥) .

وفي «المقدمات»^(١) : وأما بيعه وشراؤه ونكاحه وشبهه مما يخرج عن عوض ولا يقصد به قصد المعروف ، فإنه موقوف على نظر وليه ، فله أن يجيز أو يرد بحسب النظر وإن لم يكن له ولي قدم القاضي له من ينظر في ماله ، فإن لم يفعل حتى ملك أمره ، فهو مخير في رد ذلك وإجازته ، فإن رد بيعه وابتیاعه وكان قد أتلّف الثمن الذي باع به أو السلعة التي ابتاعها لم يتبع في ماله بشيء .

واختلف إذا كانت أمة فأولدها فقيل : كذلك فلا ترد ، وقيل : ليس بقوت كالعتق ، ولا يكون عليه من قيمة الولد شيء ، واختلف إذا كان أنفق الثمن فيما لا بد له منه هل يتبع ماله بذلك أم لا ؟ على قولين .

وإن كان الذي اشترى المشتري منه أمة فأولدها أو عتقها ، أو غنماً فتناست ، أو بقعة فبناها ، أو شيئاً له غلة فاغتنه ، فالحكم في ذلك كمن اشترى من مالك فيما يرى فاستحق من يده بعد أن أحدث فيه ما ذكر ، هذا إن لم يعلم أنه مولى عليه ، وأما إن علم أنه مولى عليه متعدياً في البيع بغير إذن وليه لسفه يقصده فحكمه كالغاصب ، واختلف فيما فوت السفیه من ماله بهبة ونحوها ، فلم يعلم به حتى مات هل ترد بعد الموت أو لا ؟ على قولين ، انتهى .

وقول المصنف : (وَالْإِقْرَارُ) ؛ أي بالمال ، ابن كنانة إلا أن يقر به في مرضه فيكون في ثلث ماله ، واستحسن ذلك أصبغ ما لم يكثر ، وإن حملة الثلث .

وقوله : (وَالْتَوْكِيلِ) ؛ أي على الحقوق المالية ، وهو ظاهر .

وَلَا حَجْرَ عَلَى الْبَالِغِ الْعَاقِلِ فِي الطَّلَاقِ ، وَأَسْتِلْحَاقِ النَّسَبِ ، وَنَفْيِهِ ، وَعَتَقِ أُمَّ وَلَدِهِ ،
وَالْإِقْرَارِ بِمُوجِبِ الْعُقُوبَاتِ بِخِلَافِ الْمَجْنُونِ

هذا هو الذي احترز عنه بالتصرفات المالية ، واحترز بالعاقل من المجنون ، وبالبالغ من الصبي ، فلا تمضي تصرفاتهما مطلقاً .

ونبه بقوله : (فِي الطَّلَاقِ) على خلاف ابن أبي ليلى ، في قوله : إنه لا يلزمه ؛ لأنه قد يحتاج إلى امرأة أخرى فيؤدي ذلك إلى هلاك ماله ، وخرجه بعضهم على قول المغيرة أنه لا يمضي عتق أم ولده ، ورده المازري بأن أم الولد يترقب فيها المال بالجنابة عليها ،

وكذلك يلزمه عندنا الطلاق والظهار واستلحاق النسب ونفيه ؛ أي باللعان في الزوجة أو بدعواه في الأمة .

فإن قلت : في الاستلحاق إثبات وارث ففيه إتلاف مال .

قيل : وإن سلم فلا يضر ؛ لأنه بعد موته فكان كوصية .

وقوله : (وَعَتَّقَ أُمَّ وَلَدِهِ) خالف في ذلك المغيرة وابن نافع ، وهل يتبعها مالها ؟ ثلاثة أقوال حكاهما في «المقدمات»^(١)؛ روى أشهب عن مالك : أنه يتبعها ، وروى يحيى عن ابن القاسم : أنه لا يتبعها ، والثالث : إن كان مالها يسيراً أتبعها ، وإلا فلا ، قال : وأراه قول أصبغ .

وقوله : (وَالْإِقْرَارُ بِمُوجِبِ الْعُقُوبَاتِ) كالزنا والسرقة ، وهو ظاهر .

قال في «المقدمات»^(٢) : ويلزم السفية البالغ جميع حقوق الله تعالى التي أوجبها على عباده في بدنه وماله ، فيلزم في بدنه ما وجب من حد أو قصاص ويلزمه في ماله ما أفسد أو كسر ما لم يؤتمن عليه باتفاق ، وما يؤتمن عليه ففيه اختلاف ولا تلحقه يمين فيما ادعى عليه في ماله ، وأما إن ادعى عليه فيما يجوز إقراره فيه فتلحقه اليمين فيه ، انتهى .

وهل يجوز عفوهُ عما دون النفس من قصاص وجب له أو حد قذف وإليه ذهب ابن القاسم أم لا ؟ وإليه ذهب مطرف وابن الماجشون ، ولا خلاف أنه لا يصح عفوهُ عن جراح الخطأ لأنها مال ، فإن أدى جرح الخطأ إلى إتلاف نفسه وعفا عن ذلك عند موته ، كان ذلك في ثلثه كالوصايا ، وإن وجب له قصاص في نفس كما لو قُتل أبوه أو ابنه عمداً صح عفوهُ على مذهب ابن القاسم الذي يرى أن الواجب في العمد قود كله .

ابن عبد السلام : وفيه نظر على مذهب مطرف وابن الماجشون المتقدم ، وتردد المازري على مذهب أشهب الذي يرى أن الولي بالخيار بين القتل وأخذ المال ، وأجراه على أن من ملك أن يملك هل يعد مالكا أم لا ؟

وَوَلِيِّ الصَّبِيِّ : أَبُوهُ ثُمَّ الْوَصِيُّ ثُمَّ وَصِيهِ ثُمَّ الْحَاكِمُ وَلَا وِلَايَةَ لِجَدِّ وَلَا غَيْرِهِ .

(ثُمَّ وَصِيهِ) ؛ أي وإن بعد ، والسفيه مشارك للصبي في هذا ، فلو قال : (وولي

الصبي والسفيه أبوه) كان أولى .

(١) «المقدمات» (٢/٣٥٧) .

(٢) «المقدمات» (٢/٣٥٧) .

وقوله : (أبوهُ) يريد إذا كان الأب رشيداً وإذا كان سفيهاً فهل ينظر وليه على بنيه ؟ ابن عتاب وابن القطان : جرى العمل أنه لا ينظر على بنيه إلا بتقديم مستأنف .

ابن سهل : ودليل الروايات أنه ينظر إليهم .

قوله : (وَلَا وِلَايَةَ لِحَدِّ وَلَا غَيْرِهِ) ؛ أي من أخ أو عم .

وَلَا يَبَاعُ عَقَارُهُ إِلَّا لِحَاجَةِ الْإِنْفَاقِ أَوْ لِنِغْبَطَةٍ أَوْ لِسُقُوطِهِ إِنْ لَمْ يُنْفَقْ عَلَيْهِ مَا يَكُونُ الْبَيْعُ عِنْدَهُ أَوْلَى وَيَسْتَبَدَّلُ بِثَمَنِهِ أَصْلَحَ

ما ذكره من جواز البيع لحاجة الإنفاق عليه ظاهر ؛ لأنه إنما حفظ ماله من أجل النفقة عليه أو لغبطة ؛ أي لزيادة في ثمنها ، فقد أجاز في «المدونة»^(١) و«العتبية»^(٢) بيع دار اليتيم إذا بذل فيها أضعاف ثمنها لسحنون ، وذلك إذا كان المالك مثل عمر بن عبد العزيز ؛ يعني في طيب مكسبه .

أبو عمران : وإن علم الوصي بخبث مكسبه ضمن ، وإن لم يعلم كان له أن يلزمه مالاً حلالاً أو تباع الدار فيه ، واشترط الغرناطي في «وثائقه» في الزيادة التي يباع عقار اليتيم لها أن تزيد على الثلث .

وقوله : (أَوْ لِسُقُوطِهِ) هو كقوله في «الجواهر»^(٣) : أو لخشية سقوطه إن لم ينفق عليه من المال ما يكون معه يبيعه وابتاع غيره بثمنه أفضل .

ابن عبد السلام : ف(ما) من قوله : (ما يكون البيع) موصولة منصوبة انتصاب المفعول به ، والعامل فيها (يُنْفَقُ) من قوله : (إِنْ لَمْ يُنْفَقْ) ؛ أي خشية سقوطه ما لم ينفق عليه نفقة كثيرة ، فيكون البيع بسببها أولى ، فبيعه حينئذٍ سائغ ، ويستبدل بثمنها ما هو أصلح للمحجور .

وقال ابن راشد : في كلامه إضمار تقديره : أو لسقوطه إن لم ينفق عليه سقوطاً يكون البيع عنده أولى ، فأقام (ما) مقام المصدر المحذوف ، ويحتمل أن تكون بمعنى المصدر ، والمعنى سقوط ما يكون البيع عنده أولى ، وكلام ابن عبد السلام أحسن ، وزاد الموثقون وجوهاً آخر يباع عقار اليتيم لها :

(١) «المدونة» (٢٠/٦) .

(٢) «البيان والتحصيل» (٦٣/١٢) .

(٣) «الجواهر» (٦٣٠/٢) .

الأول : ألا يعود عليه شيء منه فيبيعه ليعوض عنه ما يعود منه .

الثاني : أن يبيعه ليعوض ما هو أجود منه .

الثالث : لضرر الشركة ، فيبيعه ليعوضه داراً كاملة .

الرابع : إذا أراد شريك البيع ، وهو لا ينقسم ولا مال له يشتري به حصة شريكه .

الخامس : أن تكون الدار واهية يخشى عليها الخراب ، وليس له مال يصلح منه .

السادس : أن يكون بين أهل الذمة .

السابع : أن يكون ملكاً موظفاً فيستبدل حراً .

الثامن : أن يكون بين جيران سوء ، فيبيعها ليأخذ أجود ، قاله ابن المواز ، حكاه في

«الطراز» .

التاسع : أن يتقي عليها من السلطان وغيره ، ذكره صاحب «الطراز» .

العاشر : إذا خشي انتقال العمارة من موضعه ، قاله في «الجواهر»^(١) .

وأورد ابن عبد السلام : أن ظاهره قوله : (لا يُبَاعُ عَقَارُهُ) أن ذلك في حق الأب

بالنسبة إلى ولده الصغير والوصي .

وظاهر المذهب أن الأب يبيع مال ولده الصغير والسفيه الذي في حجره ، الربع وغيره ،

لأحد هذه الوجوه أو غيرها ، وفعله في ربع ولده كغيره من السلع محمول على الصلاح ،

وإنما يحتاج إلى أحد هذه الوجوه الوصي وحده .

وكذلك قال ابن راشد : إن المتولي للبيع على المحجور من أب أو وصي أو كافل أو

حاكم ؛ فالأب له أن يبيع لولده ويشتري ، وفعله محمول على السداد حتى يثبت خلافه ،

[ولا يشترط في بيعه ما يذكر بعد في الوصي لمزيد شفقتة ، إلا أن يشتري لولده من نفسه

فيحمل على غير النظر حتى يثبت خلافه] ، ولو باع من نفسه ولم يذكر أنه باع لولده

فالباع ماضٍ ولا اعتراض فيه للابن إذا رشد ، قاله ابن القاسم في «الواضحة» ، و«الثمانية» .

فإن باع لمنفعة نفسه فسخ عند أصبغ بعد أن كان يمضيه ثم رجع إلى مذهب ابن القاسم

وغيره : أنه إذا تحقق أنه باع لمنفعة نفسه فسخ ، حكاه عن أصبغ ابن حبيب .

وأما الوصي فهو أخفض رتبة من الأب ؛ لأن الأب يبيع من غير ذكر سبب ، بخلاف

(١) «الجواهر» (٢/٦٣٠) .

الوصي ، فإنه لا يبيع إلا بعد ذكر سبيه ، ولا يجوز له أن يهب مال محجوره للثواب بخلاف الأب ، وفعل الوصي محمول على السداد حتى يثبت خلافه ، قاله جماعة من الأندلسيين وغيرهم .

وقال أبو عمران وغيره من القرويين : فعله في الرباع محمول على عدم النظر حتى يثبت خلافه ، قال : وهو معنى ما في «الموازية» ، قال : وإنما فرقنا بينه وبين الأب ؛ لأنه في الكتاب كلما سئل عن الأب أطلق القول بجواز بيعه إلا أن يكون على غير وجه النظر ، وإذا سئل عن الوصي قال : لا يجوز بيعه إلا أن يكون نظراً ، وحيث قلنا بجواز بيعه أو منعه فذلك ما لم يبين السبب الذي لأجله بيع ، فإن بينه فلا يختلف في جواز بيعه ويضمن العقد معرفة الشهود لذلك .

وإذا اقتصر على ذلك ولم يضمنه فقد لا يختلف في الجواز أيضاً وهو ظاهر ما حكاه ابن القاسم الموثق ، ونص كلامه : ومن تمام العقد أن يُضْمَنَ معرفة الشهود السداد في البيع وأنه أولى ما يبيع عليه إن كان له سواه ، وإن سقط هذا من العقد كان فعل الوصي محمولاً على السداد حتى يثبت خلافه ، هذا هو المشهور ، وقيل : لا يجوز بيع الوصي حتى يبين الوجه الذي لأجله وجب البيع .

فقوله : (حتى يبين الوجه) يقتضي أنه إذا بينه لا يختلف في جواز بيعه ، وظاهره أنه يكتب في بذكره من غير احتياج إلى إثباته ، وقد نص في «الطرر» على أن بيعه جائز ، وإن لم يعرف ذلك إلا من قوله وعلى ما قاله أبو عمران : لا يتم البيع حتى يشهد الشهود بمعرفة السداد ، وأن الوصي باع لغبطة أو لحاجة فيتم له الشراء ، [ويؤيده ما حكاه ابن زياد في «أحكامه» أنه إذا أقيم فيما باعه الوصي فعلى المشتري أن يثبت أنه اشترى شراء صحيحاً ، وأن الوصي باع لغبطة أو حاجة ويتم له الشراء] .

وفي «الطرار» قال ابن المواز : إذا باع الوصي عقار اليتيم مضى فعله وجاز ، ما لم يكن فيه غبن في الثمن مما لا يتغابن الناس فيه .

وإن لم يكن شيء من الوجوه المذكورة ، فإذا باع نفذ بيعه ، وهو قول الشيوخ قديماً وبه العمل .

وقال ابن عبد الغفور : هذا خلاف ما تدل عليه أقاويلهم ، ثم عدّد الأسباب التي يبيع الوصي العقار لها ، ثم قال : ولو أوصى رجل لابنته وأوصى أن يبيع عليها مالها وأصولها

جاز ذلك وإن لم تكن حاجة ، إذا كان ذلك نظراً كالنكاح ، وأما الكافل ففي بيعه عن مكفوله أربعة أقوال :

أحدها: المنع مطلقاً ، قاله مالك في كتاب القسم من «المدونة» في مسألة من كفل ابناً صغيراً أو ابن أخ ، قال : لا يجوز بيعه عليه ولا قسمه له .

ثانيها : الجواز مطلقاً ، قال ابن الماجشون في «الواضحة» : أجاز مالك وغيره من العلماء نظر العم وغيره [كالألم] والأخ وابنه الرشيد لليتيم دون تقديم السلطان أو إيضاء من الأب ، وأجازوا له ما يجوز للوصي إذا أحسن النظر ولم يتهم ، ويؤيده أن مالكا أجاز للمتقط الطفل أن يجوز له ما وهب له دون أن يجعل السلطان له ذلك ، وأجاز في النكاح إنكاحه لمكفولته وقال : من أنظر لها منه !؟

أبو بكر بن عبد الرحمن وغيره : وإذا جاز إنكاحه فبيعه أولى .

وثالثها : الجواز في بلد لا سلطان فيه ، والمنع في بلد فيه السلطان ، قاله ابن الهندي .

رابعها : الجواز في اليسير : قاله في «العتيبة» : وبه قال أصبغ ، وبه جرى العمل ، واختلف في حد اليسير ، فقال ابن زرب : ثلاثون ديناراً ونحوها ، وقال ابن العطار : عشرون ديناراً ونحوها ، وقال ابن الهندي : عشرة ونحوها .

وإذا أقيم على المتاع فيما باعه الكافل فعليه أن يثبت حضانة البائع وحاجة المبيع عليه والسداد في الثمن ، وأنه أنفق الثمن عليه وأدخله في مصالحه ، وأنه ليس له مال غيره ، وأنه أولى ما يبيع عليه من عقاره ، وأنه يضمن ذلك عقد البيع آخراً ، ولو رفع ذلك الكافل إلى القاضي لم يأمره بالبيع حتى يثبت عنده يتم المبيع عليه وملكه لما يباع عليه وحاجته للبيع والسداد في الثمن والاشترار إذا كان المبيع مشتركاً .

ولما رأى الفقهاء أن اليتيم ربما ضاع قبل إثبات ذلك عند القاضي أجازوا للكفيل البيع دون مطالعته حسب ما قدمناه وإلى هذا المعنى أشار ابن العطار ، وأما القاضي فله أن يبيع على اليتيم إذا ثبت عنده يتمه [وإهماله] وملكه لما باع عليه ، وأنه لا شيء عنده يباع غير ذلك ، وأنه أولى ما يبيع عليه ، وحازه الشهود على من شهد عنده بالملكية وقبول من يقدمه للبيع لما كفله من ذلك ، وتسويق المقدم للبيع وأنه لم يُلَف على ما أعطى زائداً والسداد في الثمن ، واختلف هل عليه أن يصرح باسم الشهود الذين ثبت بهم عنده ما أوجب البيع أم لا على قولين ، انتهى كلام ابن راشد .

وَلِلَّوَلِيِّ النَّظَرِ فِي قِصَاصِ الصَّغِيرِ أَوْ الدِّيَةِ وَلَا يَعْفُو.

لولي الصغير أباً أو غيره أن ينظر في القصاص الذي وجب للصبي ، إما بجناية عليه أو على وليه في القصاص أو أخذ الدية ، فإن كان غنياً ولا حاجة له بالمال فالقصاص أولى ، وإلا فالعكس .

قال في «المدونة» : وليس للأب أن يعفو إلا أن يعوضه من ماله .

(وَلَا يَعْفُو) أي في العمد والخطأ .

وَلَا يُعْتَقُ وَلَا يُطَلَّقُ إِلَّا بِعَوَضٍ عَلَيَّ وَجْهَ النَّظَرِ.

يعني : وليس لولي الصغير أباً أو غيره أن يطلق عليه إلا بعوض ، ولا أن يعتق عبداً من عبيده ، ويرد العتق إلا أن يكون الأب موسراً فيجوز ذلك على الأب ، ويضمن قيمته في ماله ، قاله مالك في كتاب الشفعة .

وَلِلَّأَبِ ذَلِكَ فِي الْأُنْثَى الْمُجْبَرَةِ وَفِي غَيْرِهَا مِنَ الْمَحْجُورِ عَلَيْهِنَّ ، وَفِي الْبَالِغِ السَّفِيهِ :

قَوْلَانِ

أي : للأب أن يخالع عن الأنثى المجبرة .

(وَفِي غَيْرِهَا... إلخ) تقدم ذلك في الخلع ، وعين هنالك في السفيه : المشهور أنه لا

يخالع عليه .

وَيَعْفُو عَنْ شُفْعَةٍ لِمَصْلَحَةٍ فَتَسْقُطُ.

أي : لأن الأخذ بالشفعة شراء ، وقد يكون لمصلحة وقد لا يكون ، فإذا رأى الإسقاط مصلحة لا يكون للصبي أن يأخذ بالشفعة إذا رشد ، وإن كان الأخذ هو المصلحة وترك ذلك كان له الأخذ إذا رشد ، وستأتي هذه المسألة في الشفعة .

وَلِلْسَيِّدِ الْحَجْرُ عَلَى رَقِيْقِهِ مُضِيْعاً أَوْ حَافِظاً.

لما انقضى كلامه على الأسباب الثلاثة ؛ يعني الصبا والجنون والتبذير شرع في الرابع ، وذكر أن للسيد أن يحجر على رقيقه ، وإن كان العبد حافظاً ؛ لأن له حقاً في ماله انتزاعاً .

(مضيعاً أو حافظاً) منتصبان على الحال من رقيقه ؛ لأن الرقيق على ما ذكره الجوهري^(١) للواحد والجمع ، فلذلك جاء حاله مفرداً .

وَحُكْمٌ مِنْ أَدْنِ لَهُ السَّيِّدُ فِي التِّجَارَةِ حُكْمُ الْوَكِيلِ الْمُفَوَّضِ لَهُ فِيهَا

أحال حكم العبد المأذون له في التجارة على حكم الوكيل المفوض ، اعتماداً على ما سيأتي ، -وقد يشبهه المصنف في كتابه بما سيأتي وقد تقدم تنبيهنا على ذلك - [أو القيد] الحكم في الجميع .

واعلم أنه إن أذن له في التجارة من غير تقييد كان كالمفوض فيها بلا إشكال ، وإن خصه بنوع فالمشهور وهو مذهب «المدونة» أنه كذلك ، وبه قال أصبغ ، وقال سحنون : ليس له أن يتجر بالدين إذا حجر عليه في التجارة به .

قال في «المقدمات»^(٢) : وكذلك يلزم من قوله : (إذا حجر عليه في التجارة) في نوع من الأنواع ، وعلى المشهور فقيده ذلك بعض الصقليين بأن لا يشهر ذلك ويعلنه ، وأما إن أشهره فلا يلزمه .

ابن رشد^(٣) : وهو صحيح في المعنى قائم من «المدونة» و«العتبية» ، وعارض اللخمي مذهب ابن القاسم بما قاله ابن القاسم في المقارض يدفع له المال على أن يتجر في صنف : أنه إن تجر قي غيره كان متعدياً ؛ وعلى هذا فيحمل قول المصنف : (أذن في التجارة) على أن المراد جنسها ، وسواء أذن له إذناً مطلقاً أو مقيداً ليوافق المشهور .

قال في «المدونة»^(٤) : وإن أقعده ذا صنعة مثل قسارة ونحوها فلا يكون ذلك إذناً في التجارة ولا في المداينة ، وكذلك إن قال لعبده : أد لي الغلة ، فليس بمأذون في التجارة .

وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَضَعَ أَوْ يُؤَخَّرَ أَوْ يَعْمَلَ طَعَاماً إِلَّا اسْتِثْلَافاً لِلتِّجَارَةِ

أي : ليس للمأذون أن يضع من الدين أو يؤخره أو يعمل طعاماً يدعو الناس إليه ولو كان عقيقة لولده ، قاله في «المدونة» .

(١) «الصحاح» (١/٢٦٥) .

(٢) «المقدمات» (٢/٣٤٢) .

(٣) «المقدمات» (٢/٣٤٢) .

(٤) «تهذيب المدونة» (٣/٢٥٨) .

والاستثناء عائد على الجمل المتقدمة ، صرح بذلك في «المدونة» ، وذهب سحنون إلى أنه لا يجوز التأخير بالثمن ؛ لأنه إن لم يكن لمنفعة فواضح ، وإلا فهو سلف جر نفعاً .

وأجيب باختيار ابن القاسم الثاني ولا يلزم عليه المنع ؛ لأنها منفعة غير محققة ، وأيضاً فإنه منقوض بالحر ، فإنه يجوز له التأخير بالأثمان طلباً لمحمدة الثناء ، وقيد اللخمي جواز التأخير بما إذا لم يبعد الأجل ، والوضعية بما إذا لم تكثر ، قال في «المدونة»^(١) : ولا يجوز للعبد أن يعير من ماله جارية مأذوناً كان أو غير مأذون ، وكذلك العطية .

ابن المواز : وقال غيره : لا بأس أن يعير دابته إلى المكان القريب ويعطي السائل الكسرة والقبضة .

وَلَهُ أَنْ يَتَصَرَّفَ فِي الْوَصِيَّةِ لَهُ ، وَالْهَبَةِ ، وَنَحْوَهُمَا ، وَيَقْبَلُهُمَا بِغَيْرِ إِذْنِ سَيِّدِهِ

أي : فللمأذون أن يتصرف فيما أوصى له به أو وهب له ونحوهما ، كالصدقة ، وله أن يقبل ذلك بغير إذن سيده .

وأقيم من «المدونة» أنه ليس للسيد أن يمنعه من قبول الهبة ؛ لأن فيها : وما وهب للمأذون وقد اغترقه دين فغرمائه أحق به من سيده ولا يكون لغرمائه من عمل يده شيء ، ولا من خراجه ، وإنما يكون ذلك في مال وهب للعبد أو تصدق به عليه أو أوصى له به ، فقبله العبد .

عياض : وهذا ظاهر في أن السيد لا يمنعه من قبوله ، وظاهره أن الغرماء لا يجبرونه على قبوله ، أبو محمد صالح : وظاهره سواء وهب لأجل الدين أم لا .

خليل : ولو قيل : إن للسيد أن يمنعه من قبول الهبة ونحوها كان حسناً للمنة التي تحصل على [السيد] .

تنبيه :

واختلف الشيخان في قوله : (وإنما يكون ذلك في مال وهب للعبد) ، فقال ابن القاسمي : هذا بشرط أن يوهب له لأجل وفاء الدين ، وأما إن لم يوهب له لذلك فهو كالخراج يكون السيد أحق به ، وقال أبو محمد : الغرماء أحق سواء وهب له بشرط الوفاء أم لا .

وَكَذَلِكَ غَيْرُ الْمَأْذُونِ

التشبيه راجع للقبول فقط ؛ لأن التصرف إنما يكون للمأذون إلا أن يكون الواهب أو الوصي شرط في هبته أو وصيته ألا حجر عليه فيها ، فينبغي أن يمضي ذلك على شرطه كما قال بعضهم في السفية والصغير ، قاله ابن عبد السلام .

وَفِي إِمْضَاءِ أَحَدِ الْمَأْذُونِ الْقِرَاضِ وَإِعْطَائِهِ : قَوْلَانِ لِابْنِ الْقَاسِمِ ، وَأَشْهَبُ

لا يدل قوله : (وَفِي إِمْضَاءِ) على الجواز ابتداء ، وفي «المدونة» في باب القراض : وللمأذون دفع القراض وأخذه ، ووافق سحنون أشهب على أنه ليس له ذلك ، وسبب القولين : هل ذلك من باب التجارة فيجوز للإذن فيها أو الإجارة فيمتنع ؟ وإنما يظهر التعليل في التجارة في أخذه ، وأما في إعطائه فعلى اللخمي منع أشهب بأنه إيداع للمال ولم يؤذن فيه ، والمساقاة كالقراض .

قيل : وإن أخذ المأذون له القراض فريح فيه فما أخذ من الربح فهو مثل خراجه لا يقضى منه دينه ولا يتبعه إن عتق ؛ لأنه إنما باع منافع نفسه بذلك فأشبهه أن لو استعمل نفسه في الإجارة .

وَيَتَعَلَّقُ دَيْنُهُ بِمَا فِي يَدِهِ ثُمَّ بَدَمْتَهُ إِذَا عَتَقَ لَا بِرِقَبَتِهِ وَلَا بِسَيْدِهِ

يعني : ويتعلق الدين الواجب على المأذون بسبب التجارة أو ما في معناه من وديعة استهلكها بالمال الذي في يده ، فإن فضل شيء تعلق بدمته إذا عتق ، وإتيان المصنف بـ(ثُمَّ) الدالة على التراخي يدل على أنه لا يتعلق بدمته قبل العتق .

وفيه نظر ؛ لأنه لو كان كما قال المصنف أنه لا يتعلق بدمته قبل العتق لما كان للغرماء [أخذه من هبة توهب له قبل العتق وأجاب ابن عبد السلام بأن كلام المصنف مبني على مذهب القاسمي المتقدم أنه إنما يكون للغرماء] (١) أخذ الهبة بشرط أن يوهب له الأجل وفاء الدين ، وقلما يوجد ذلك ، فلا يتأتى الطلب إلا بعد العتق وفيه تسليم إمكانه ، وإن قل فهو وارد عليه ، وأيضاً فإن الأخذ هو القليل ، وأما الدين فهو متعلق بالذمة ، والله أعلم .

وقوله : (لا بِرِقْبَتِهِ) تنبيهاً منه على مذهب أبي حنيفة أنه يتعلق برقبته ، وحكي عن سحنون .

وَتَبَاعُ أُمِّ وُلْدِهِ

واعلم أن أم ولد المأذون ليس فيها طرف حرية ، وإلا لكانت أرفع حالاً من سيدها ؛ إذ ليس فيه هو طرف من حرية فلذلك يبعث في الدين وجزا بيعها في غيره ، بشرط أن يأذن سيده .

أبو محمد وغيره : والعلة في أنه لا يبيع المأذون له أم ولده إلا بإذن سيده ؛ لأنها قد تكون حاملاً وحملها للسيد ، ويكون قد باع عبداً للسيد بغير أمره ، وعلل ذلك بعضهم بأن العبد إذا عتق تكون له أم ولد بالولد الذي ولدته في حال رق سيدها على قول ؛ فلذلك لم يبعها بذلك إلا بإذن سيده وهذا مبني على مراعاة الخلاف ، وهذا لو كان كما ذكرنا لما جاز له البيع ولو أذن له سيده ، وأورد على الأول أنه يلزم منه عدم جواز بيع المأذون الأمة الموطوءة ، وإن لم تحمل لاحتمال أن تكون حاملاً ، وأجيب بأن أم الولد قد صارت خزانة للمأذون بإيلاها المتقدم بخلاف إذا لم تلد .

فروع : وإذا قام الغرماء على المأذون وأمه ظاهرة الحمل فقال اللخمي : يؤخر بيعها حتى تضع ويكون ولدها للسيد ، وتباع بولده ، ويقوم كل واحد بانفراده قبل البيع ليعلم كل واحد منهما ما يبيع به ملكه ، وإن لم تكن ظاهرة الحمل وبيعت في الدين ثم ظهر حمل ، فهل للسيد فسخ البيع لحقه في الولد أم لا ؟ قولان .

وأما إن باعها بغير إذن سيده ولم يظهر حمل لم ينقض البيع ، ولم يذكروا في ذلك خلافاً ، وأما إن باع المأذون من أقاربه من يعتق على الحر فباعه بغير إذن سيده ، فاختلف الشيوخ في نقض ذلك البيع ، فقال بعض من سلم أن يبيع أم الولد لا ينقض : إنه ينقض هذا البيع ، وقال غيره : لا ينقض .

دُونُ وُلْدِهِ إِلَّا أَنْ يَشْتَرِيَهُ وَعَلَيْهِ دَيْنٌ

أي : دون ولده ، فإنه لا يباع في دينه ؛ لأنه مال للسيد إلا أن يشتريه وعليه دين ، فإنه يباع حينئذٍ للغرماء ؛ لأنه أئلف أموالهم .

وَهُوَ فِي قِيَامِ الْغُرْمَاءِ وَالْحَجْرِ كَالْحَرِّ، وَقِيلَ: يَحْجُرُ السَّيِّدُ مِنْ غَيْرِ حَاكِمٍ، وَقَالَ
اللَّخْمِيُّ: مَا لَمْ يَطُلْ تَجْرَهُ....

يعني: والمأذون في قيام غرمائه وحجرهم عليه كالحر فلا يكون ذلك للسيد، وإنما
يكون للحاكم، ولهذا قبله بقوله: (وقيل: يَحْجُرُ السَّيِّدُ مِنْ غَيْرِ حَاكِمٍ).

ومقتضى كلام المصنف أن الأول هو المشهور لتصديره به وعطفه عليه بـ(قيل)، وهو
قول ابن القاسم، فقد نقل عنه ابن حارث أنه لو أراد السيد الحجر عليه لا يجوز له ذلك
إلا بإذن السلطان.

وفي «المدونة»^(١): لا ينبغي لسيد المأذون أن يحجر عليه إلا عند السلطان فيوقفه
السلطان للناس ويؤمر به فيطاف به حتى يعلم ذلك منه، ثم قال: وليس للغرماء أن
يحجروا عليه إلا عند السلطان، وإنما لهم أن يقوموا عليه فيفلسوه وهو كالحر في هذا.

فانظر قوله: (ينبغي) هل معناه الوجوب، بدليل آخر كلامه وما نقله ابن حارث،
وعلى هذا حمل «المدونة» من تكلم على هذا الموضع من كلام المصنف أو هو على بابه،
وإليه ذهب أبو الحسن؟

وقوله: (وقيل: يَحْجُرُ السَّيِّدُ مِنْ غَيْرِ حَاكِمٍ) هذا القول نقله ابن شاس^(٢)، وظاهر
كلامه أن قول اللخمي ثالث، وإنما ذكره على أنه المذهب.

ابن عبد السلام: ولا ينبغي أن يعدل عنه.

وَأَمَّا الْاِئْتِزَاعُ إِذَا لَمْ يَكُنْ غُرْمَاءُ فَكَقَبْرِهِ

أي: كغير المأذون في الائتزاز إلا أن يتعلق حق الغرماء بما في يد العبد فلا يكون للسيد
حيثئذ الائتزاز.

وَإِذَا كَانَ تَجْرَهُ لِّلْسَيِّدٍ وَهُوَ نَصْرَانِيٌّ لَمْ يَجْزُ لِسَيِّدِهِ تَمْكِينُهُ مِنْ تَجْرِ فِي خَمْرٍ وَنَحْوِهِ،
فَإِنْ كَانَ لِنَفْسِهِ فِي جَوَازِ تَمْكِينِهِ: قَوْلَانِ:

لأنه إذا تجر لسيدفه فهو كوكيل له فلذلك لا يجوز لسيدفه أن يمكنه من شراء خمر ونحوه،
وأما إن تجر لنفسه وعامل أهل الذمة فقولان أجراهما اللخمي، على أنهم: هل هم

(١) «المدونة» (١٣/٢٤٤).

(٢) «الجواهر» (٢/٦٣١).

مخاطبون بفروع الشريعة فلا يَمَكَّن ، أم ليسوا بمخاطبين فيمكَّن ؟ وقد يجريان على أن من ملك أن يملك هل يعد مالكا أم لا ؟

اللخمي : وكان لابن عمر رضي الله عنهما عبد نصراني يبيع الخمر فمات فورثه .
 فرع : وأما العبد غير المأذون فروى أشهب عن مالك لا يشتري من العبد الذي لم يؤذن له في البيع والشراء ، وإن قل مثل الخف وشبهه ، ولا يقبل قوله : إن أهله أذنوا له حتى يسألهم .

خليل : ولعل هذا لأن العبيد لا يبيعون ولا يشترون في عاداتهم ، وأما عندنا فالعبد يبيع ويشترى ، لا سيما الشيء القليل ، فينبغي أن يقبل قوله كما قبلوه في الهدية والاستئذان إذا قال : سيدي أهدى لك هذا ، أو أذن لك في الدخول .

قال القرافي في «قواعده» (١) : ويجوز تقليد الصبي والأنثى والكافر الواحد في الهدية والاستئذان ، وهو مستثنى من الشهادة ؛ لما يحتف به من القرائن والضرورة .

وَيُحَجَّرُ لِحَقِّ الْوَرَثَةِ فِي الْمَرَضِ الْمَخُوفِ فِيمَا زَادَ عَلَى حَاجَتِهِ مِنْ أَكْلِهِ وَكِسْوَتِهِ
 وتداويه....

لما في «الصحيحين» أن سعد بن أبي وقاص رضي الله عنه سأل النبي ﷺ وهو مريض وقال : إنه لا يرثني إلا ابنة واحدة أفأتصدق بثلثي مالي ؟ قال : «لا» .

فقلت : بالشرط ، فقال : «لا» ، ثم قال : «الثلث والثلث كثير» (٢) .

والمخوف الذي يخاف على صاحبه الموت ، واحترز به مما دونه ، فلا حجر على صاحبه ، وسيأتي ، وقيد الحجر بما زاد على حاجته ، وأما حاجته فلا يحجر عليه فيها .

و (من) في قوله : (من أكله) لبيان الجنس .

وحاصله أنه لا حجر عليه فيما يأكله ويتداوى به ويكتسي به ، وإنما يحجر عليه فيما زاد على الثلث بالنسبة إلى العطايا ، فإن فعل فقال المصنف :

(١) «الفروق» (١/١٤) .

(٢) أخرجه البخاري (٢٥٩١) ومسلم (١٦٢٨) .

وَيُوقَفُ كُلُّ تَبْرُعٍ فَإِنْ مَاتَ فِيهِ الثُّلُثُ وَإِلَّا فَكَانَتْ شَاءَ الصَّحَّةِ

(كُلُّ تَبْرُعٍ) ؛ أي عتقاً كان أو غيره ، وظاهره كان له مال مأمون أم لا ، وهو قول مالك الأول ، والذي رجع إليه في المأمون أنه ينفذ ما بتل من عتق أو غيره في المرض . قال في كتاب العتق : وليس المال المأمون عند مالك إلا في الدور والأرضين والنخل والعقار ، فإن مات ؛ أي بعد إيقافه ، فتبرعه خارج من الثلث كالموصايا .

(وَإِلَّا) ؛ أي وإن لم يميت .

(فَكَانَتْ شَاءَ الصَّحَّةِ) فيكون ذلك بمنزلة ما لو أنشأ ذلك التبرع في الصحة فيلزمه ذلك .

وفي بعض النسخ : (وإلا استأنينا الصحة) ، وهو ظاهر .

وَلَا يُحْجَرُ عَلَيْهِ فِي الْمَعَاوِضَةِ ، وَالْمُحَابَاةُ فِيهَا مِنَ الثُّلُثِ

أطلق المعاوضة ليتناول البيع والشراء ، والإجارة والقراض والمساقاة .

ابن عبد السلام : لكن يدخل تحته النكاح والخلع ؛ لأنهما من عقود المعاوضة ، وليس للمريض فعلهما ، فلو قيدها ، فقال : (في المعاوضة المالية) لكان أحسن .

خليل : ولعله اعتمد على ما قدمه في النكاح والطلاق .

(وَالْمُحَابَاةُ فِيهَا مِنَ الثُّلُثِ) مثاله : لو باع سلعة بعشرين وهي تساوي أربعين ، فإنه

يجعل العشرين المتروكة في الثلث ، وظاهر قوله : (والمحاباة في الثلث) أن ما عدا المحاباة يمضي ، ولو كان مما تطلب فيه المناجزة كالصرف وهو مذهب أصبغ خلافاً لسحنون والهاء في قوله : (فيها) للمعاوضات .

وَالْمَخُوفُ مَا يَحْكُمُ الطَّبُّ بِأَنَّ الْهَلَكَ بِهِ كَثِيرٌ

مراده بالكثير أن يكون الموت من هذه الأشياء شهيراً لا يتعجب من حصول الموت معه ، لا أنه يكون الغالب من حال ذلك المرض الموت منه ، كما هو ظاهر كلام المازري ، وهو الذي يدل عليه كلامهم في الفالج ونحوه ، والمراد بالطب أهله .

كَالْحُمَى الْحَادَةِ وَالسَّلُّ وَالْقَوْلُجِ وَذَاتِ الْجَنْبِ وَالْإِسْهَالَ بِالدَّمِّ وَالْحَامِلِ تَبْلُغُ سِتَّةَ

أَشْهُرٍ.....

هذه أمثلة للمرض المخوف .

(وَالْحُمَّى الْعَادَّةُ) ؛ أي الشديدة التي يكثر معها شرب الماء و (السُّلُّ) بكسر السين :
سعال يابس ، (وَالْقَوْلُجُ) : انقلاب المعدة حتى يتغوط من فيه .
وذات الجنب هي قرحة تصيب الإنسان داخل جنبه .

واختلف : هل يحجر بمجرد دخول الحامل الشهر السادس أو حتى تكمله ؟ ورأى
المازري أنه لا يحكم لها في السنة ولا بعدها بحكم المريض .

قال : وحكى بعضهم الإجماع على أنها في حالة الطلق كالمريض ، فإن صح الإجماع ،
وإلا فمقتضى النظر أن لا يحكم لها بذلك ؛ لأنه لو كان الموت عن هذا المرض غالباً لزم
ألا تلد المرأة إلا مرة واحدة ، والمعلوم خلافه ، وهذا أيضاً يدل على أنه اعتبر في المخوف
كون الموت عنده أكثر .

ابن القاسم : ويعلم بلوغها السنة بقولها ، ولا يسأل عن ذلك النساء .

وَالْمَجْبُوسُ لِلْقَتْلِ أَوْ قَطْعِ يَدٍ أَوْ رِجْلِ إِنْ خِيفَ عَلَيْهِ الْمَوْتُ

أي : لقتل وجب عليه بيينة عادلة أو اعتراف ، وأما إذا ادعى عليه القتل فحبس ليستبرئ
أمره فلا ، وحكى ابن عبد البر^(١) الإجماع على أن من قدم للقتل في قصاص أو رجم
كالمريض .

وقوله : (أَوْ قَطْعِ يَدٍ أَوْ رِجْلِ) ظاهره أنه معطوف على ما تقدم ، فيكون مجبوساً لقطع
يد أو رجل ، وإنما ذكر في « المدونة » إذا قُرب لقطع يد أو رجل ، ولا يلزم مما ذكره في
« المدونة » ما ذكره المصنف ؛ لأن الخوف فيمن قرب أكثر .

واعترضت هذه المسألة بأنه لو خيف عليه الموت بالقطع لم يقم عليه الحد ، وأجاب
بعضهم بأنه لم يقصد الكلام عليه ، وإنما أجب عن الفصل الذي سئل عنه ، ولو سئل :
هل يقام الحد على من هذا حاله ؟ لقال : لا ، وقيل : لعله مفروض فيمن كان من الحكام
يرى قتله حينئذ صواباً ويجهل ذلك .

وأجاب القاسمي بأن الخوف طراً بعد إقامة الحد ، وهو إحالة للمسألة لوجهين :

أحدهما : أنه قال في السؤال : قرب لضرب الحد .

والثاني : قياس ابن القاسم لها على حاضر الزحف الصحيح ، ولو كان كما قال لكان

(١) « الاستذكار » (٦/ ٤٤٠) .

مريضاً لا يختلف في فعله ، وأجاب ابن أبي زيد بأن الخوف إنما حدث منه أو أدركه من الجزء ما يدرك حاضراً الزحف ، فحكم له بحكمه ، وهذا أشبه وأولى ، ولو كان القطع لخرابة لم ينبغ أن يلتفت إلى الخوف عليه وأقيم الحد عليه على كل حال ، وإن أدى حده للقتل .

وَحَاضِرِ الزَّحْفِ

هكذا قال الباجي^(١) : إنه لا يحكم له بحكم المريض إلا إذا كان في صف المقاتلين وجملتهم ، وأما إذا كان في النظارة أو متوجهاً للقتال قبل وصول الصف فلا ، ولم أر في صف الرد نصاً ، وأرى ألا يثبت له هذا الحكم إلا بالكون في صف المقاتلة .

بِخِلَافِ الْمُلَجَّحِ فِي الْبَحْرِ وَالنَّيْلِ وَقَتِ الْهَوْلِ عَلَى الْمَشْهُورِ

القولان لمالك في « المدونة » ، ففيها وراكب البحر والنيل حين الخوف والهول ، قال مالك : أفعاله من رأس ماله ، وروي عنه أنها من الثلث .

ونص المسألة عند ابن يونس : فمن طلق زوجته وهو في سفينة أو في لجج البحر أو النيل أو الفرات أو بالدجلة أو بطائح البصرة ، قال : قال مالك : إذا أصاب أهل البحر النوء والريح الشديد ، فخافوا الغرق فأعتق أحدهم عبداً في تلك الحال فهو من رأس المال ، ولا يشبه هذا الخوف ، وقد روي عن مالك أن أمر راكب البحر في الثلث .

ابن المواز : والطلاق على نحوه هذا من الاختلاف ، وقد علمت أن المراد بقول المصنف : (وَقَتِ الْهَوْلِ) وقت حصوله لا وقت زمانه .

وذكر في « البيان »^(٢) في راكب البحر في الوصايا ثلاثة أقوال :

الأول : إجازة أفعاله على كل حال ، قال : وهي رواية ابن القاسم عنه في « المدونة » .
والثاني : أن فعله لا يجوز على كل حال وهو ظاهر ما حكاه سحنون عن مالك في « المدونة » .

الثالث : الفرق بين حال الهول فيه وحال غير الهول .

(١) « المنتقى » (١٧٦/٦) .

(٢) « البيان والتحصيل » (٢٥٦/١٣) .

وهو دليل قول غير ابن القاسم فى « العتبية » قال : وهو أشهر الأقوال وأولها بالصواب ؛ لأن راكب البحر حال الهول أخوف على نفسه من المريض .

ابن عبد السلام : واختلف فيمن جمحت به دابته ، فظاهر قول مالك وأشهب وابن وهب أن حكمه كالمرض ، وقال ابن القاسم : حكمه كالصحيح .

بِخِلَافِ الْجَرَبِ ، وَالضَّرْسِ ، وَحَمَى يَوْمٍ ، وَحَمَى الرَّبِيعِ وَالرَّمْدِ ، وَالْبَرَصِ ، وَالْجُدَامِ ، وَالْفَالِجِ

لأن الغالب على أصحاب هذه الأمراض السلامة ، والموت منها نادر ، وينبغي أن يرجع فى هذا إلى ما يقوله ثقات الأطباء ، فربما أزمنت حمى الربيع وخيف منها الموت ، ولهذا قال فى « المدونة »^(١) : وأما المفلوج وصاحب حمى الربيع والأجدم والأبرص وذو القروح والجراح ، فما أقعده وأضناه وبلغ فيه حد الخوف عليه فحكمه حكم المريض ، وما لم يبلغ فيه ذلك فحكمه حكم الصحيح ، وكان المصنف إنما تكلم على هذه الأمراض بمجرد ما من غير أن تُقعد وتُضنى ، والله أعلم .

وَيَحْجُرُ الزَّوْجُ فِيمَا زَادَ عَلَى ثُلُثِهَا بِهَيْبَةٍ أَوْ صَدَقَةٍ أَوْ عَتَقٍ أَوْ غَيْرِهِ مِمَّا لَيْسَ بِمُعَاوَضَةٍ

هذا هو السبب السابع وخالفنا فيه أبو حنيفة والشافعي ، ودليلنا ما رواه أبو داود والنسائي عن داود بن أبي هند وحبيب المعلم عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله ﷺ قال : « لا يحل لامرأة أمر فى مالها إذا ملك زوجها عصمتها »^(٢) .

وفى النسائي^(٣) أيضاً عن حبيب المعلم عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال : لما فتح رسول الله ﷺ مكة قام خطيباً فقال فى خطبته : « لا يجوز لامرأة عطية إلا بإذن زوجها » .

قال يحيى القطان : إذا روي عن عمرو بن شعيب فهو ثقة ، وداود وحبيب ثقتان خرج

(١) « تهذيب المدونة » (٤٠٣/١) .

(٢) أخرجه أبو داود (٣٥٤٦) والنسائي (٣٧٥٦) وفى « الكبرى » (٦٥٩٠) وأحمد (٧٠٥٨) والحاكم (٢٢٩٩) والبيهقي فى « الكبرى » (١١١٢) .

قال الحاكم : هذا حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه وصححه الألباني - رحمه الله - .

(٣) أخرجه النسائي (٣٧٥٧) وأحمد (٦٦٨١) والبيهقي فى « الكبرى » (١١١٥) وصححه الألباني - رحمه الله - .

لهما الأئمة ، ولأن للزوج حقاً في التجميل بمالها ، ولذلك تزوجها ، فلو كان لها أن تتصرف فيه وتهب بغير إذنه لأضر ذلك به .

وقوله : (فِيمَا زَادَ عَلَى الثُّلُثِ) ؛ يعني : وأما الثلث فما دونه فلا حجر عليها في ذلك ، إما لأنها لما كانت محجوراً عليها لغيرها كانت كالمریض ، فيكون من باب تخصيص الخبر بالقياس ، وإما لما في الصحيحين أنه ﷺ خطب يوم عيد وأتى النساء فقال : « تصدقن » فجعلن يتصدقن من حليهن يلقين في ثوب بلال من أقرظهن وخواتمهن (١) .

فيجمع بين الحديثين بجواز اليسير دون الكثير ، والثلث هو اليسير المأذون فيه ؛ لقوله ﷺ : « الثلث ، والثلث كثير » ، لا سيما وقد روى ابن حبيب أنه ﷺ قال : « لا يجوز لامرأة أن تعطي من مالها شيئاً له بال بغير إذن زوجها » ، وشمل الزوج العبد ، وهو ظاهر المذهب ، ورواه أشهب وابن نافع عن مالك .

وقال ابن وهب في « العتبية » (٢) : العبد بخلاف الحر لزوجته الحرة أن تتصدق بجميع مالها .

أصغ : وليس بشيء وله من الحق ما للحر .

محمد : ولولي السفیه أن يحجر على زوجته ، ومفهوم كلام المصنف أنه لا يمنعها من الثلث فأقل ، ولو قصدت به الضرر .

وهو قول ابن القاسم وأصغ في « الواضحة » ، وقال مطرف وابن الماجشون وأشهب عن مالك : إذا تصدقت بالثلث فأقل على وجه الضرر بالزوج فله رده ، واختاره ابن حبيب ، وقيل : إن ضرت بالثلث رد لا بأقل .

قوله : (أَوْ عَتَقَ أَوْ غَيْرَهُ) يدخل فيه التدبير ، وهو قول ابن الماجشون ، ولمالك في رواية ابن القاسم ومطرف أنه يمضي وإن زاد على الثلث ، واختلف أيضاً إذا أعتقت ثلث عبد لا تملك غيره ، فقال ابن القاسم وابن أبي حازم : ذلك ماضٍ ، وقال ابن الماجشون : هو مردود .

واحترز (بِمَا لَيْسَ بِمُعَاوَضَةٍ) من البيع والشراء ونحوهما فلا حجر عليها في ذلك ، واختلف : هل لها أن تقرض كالبیع - وهو قول ابن دحون ؛ لأنها تقتضيه - أم لا كهبتها ، وهو قول ابن الشقاق ؟

(١) أخرجه البخاري ومسلم (٧٩) من حديث أبي سعيد الخدري - رضي الله عنه - .

(٢) « البيان والتحصيل » (١٠/٥١٨) .

ومنع في « المدونة » كفالتها ؛ أي في أكثر من الثلث ، واحتج به من منع قرضها ، وفرق بأن في القرض هي الطالبة وفي الحماله هي المطلوبة .

وَهُوَ جَائِزٌ حَتَّى يَرُدَّهُ الزَّوْجُ ، وَقِيلَ : مَرْدُودٌ إِنْ لَمْ يَتَقَدَّمْ إِذْنُهُ

ضمير (هو) عائذ على (ما) في قوله : (فِيمَا زَادَ) والقول الأول هو قول ابن القاسم رواه عن مالك ، وقاسه على عتق المديان وبه قال أصبغ .

قال في « المقدمات » (١) : وهو المعلوم من قول مالك وأصحابه ، والقول الثاني لمطرف وابن الماجشون .

وفرق بينها وبين المديان بأن الغرماء لا يصح لهم رد إلا بثبوت الدين واغتراق الذمة بالينة ، وهذا زوج لا يكلف البينة .

ومن ثمرة هذا الخلاف ما قاله ابن رشد لو اختلف الزوجان فيما أعطته : هل هو الثلث أو أزيد ؟ فمن جعل عطيتها على الرد قال : القول للزوج ومن جعل عطيتها على الإجازة قال : القول للمرأة .

وَإِنْ لَمْ يَعْلَمْ حَتَّى تَأَيَّمَتْ مَضَى اتِّفَاقًا

يعني : فإن لم يعلم الزوج بعطيتها أكثر من الثلث حتى تأيتمت الزوجة بطلاق الزوج أو بموته مضى ما أعطته ، ولم يكن للزوج ولا لورثته مقال باتفاق ، أما على القول بأن فعلها على الجواز حتى يرد فظاهر ، وأما على الآخر فلأن الزوجية معتبرة شرطاً في الرد وقد فقدت ، ورد ابن يونس قول مطرف وابن الماجشون إن فعلها على الرد بالاتفاق في هذه المسألة ، قال : لأنه إذا كان على قولهما على الرد فينبغي إذا تأيتمت أن يكون لها الرجوع فيه ؛ لأنه لم يزل مردوداً .

ابن عبد السلام : وظاهر كلام ابن حبيب وجود الخلاف في موت الزوج هل لورثته مقال؟ والخلاف موجود فيما إذا رد الزوج فعلها ولم يخرج من يدها حتى تأيتمت .

وَحَتَّى مَاتَتْ : فَقَوْلَانِ

أي : وإن لم يعلم الزوج بعطيتها حتى ماتت ، فقال ابن القاسم : ذلك ماضٍ كتأييمها ، وقال ابن حبيب : إذا لم يعلم الزوج بما فعلت من عتق وعطية حتى ماتت هي ، أو لم

يعلم السيد بفعل العبد حتى مات ، فذلك مردود لأن لهما الميراث ، ولعل القولين مبنيان على أن فعلها هل هو على الإجازة أو على الرد ؟

وَإِذَا تَبَرَّعَتْ بِمَا زَادَ فَلَهُ أَنْ يُجِيزَ الْجَمِيعَ أَوْ يَرُدَّهُ ، وَقِيلَ : أَوْ يَرُدَّ مَا زَادَ خَاصَّةً كَالْمَرِيضِ ، سِوَى الْعَتَقِ لِأَنَّهُ لَا يَتَّبِعُضُ

(بِمَا زَادَ) ظاهره قَلَّتْ الزيادة أو كثرت ، وهو قول ابن نافع وقال ابن القاسم في «المدونة» (١) : إذا زاد كالدينار ونحوه نفذ الجميع .

قوله : (أَوْ يَرُدَّهُ) ؛ أي الجميع ، وهذا قول ابن القاسم في «المدونة» والقول بأنه لا يرد إذا زادت إلا ما زاد على الثلث هو للمغيرة ، وشبه ذلك بالوصايا ويقوله قال ابن الماجشون وزاد فقال : وأما العبد فيعتق جميعه أو يرده ؛ لثلا يعتق المالك للجميع بعض عبده بلا استتمام ، ونقله ابن يونس عن مالك وابن القاسم وابن أبي حازم ومطرف وابن دينار والمغيرة وغيرهم .

وهذا هو قصد المصنف بقوله : (سِوَى الْعَتَقِ) ؛ لأنه لا يتبعض .

ابن راشد : وقال ابن القاسم : يعتق ثلثه فقط ، وإن كره الزوج ، ورواه عن مالك ، وعلى هذا فقوله : (سِوَى الْعَتَقِ) ليس متفقاً عليه .

وقول المصنف في القول الثاني : (وَقِيلَ : أَوْ يَرُدَّ) صوابه إسقاط (أَوْ) .

فإن قلت : فما الفرق على المشهور هنا في أن للزوج رد الجميع وبين المريض والموصي ، فإنه لا يرد لهما إلا ما زاد على الثلث ، قيل : لأن الأصل إبطال الجميع في الثلاث مسائل ؛ لكونه وقع على وجه المنوع ، وأبطلناه في حق الزوجة ؛ لأنها يمكنها استدراك غرضها بإنشاء الثلث ثانياً بخلاف المريض والموصي ، فإننا لو أبطلنا الجميع لم يمكن استدراك الغرض بموت المعطي ، والله أعلم .

وَلَيْسَ لَهَا بَعْدَ التَّبَرُّعِ بِالثَّلَاثِ التَّبَرُّعُ بِبَقِيَّتِهِ إِلَّا فِي مَالٍ آخَرَ

ظاهره سواء كان بين التبرعين زمان قريب أو بعيد ، وهو قول عبد الوهاب .

اللخمي : وهو أحسن .

ابن راشد : وهو أصح .

ووجهه المازري هاهنا بأنها لو أجزئ لها بعد إخراج الثلث من هذا المال بعينه للزم أن تفنيه في كرات وهو خلاف المقصود ، لكن فإن المعروف من المذهب أنه لا يمنعها مطلقاً ، فقد قال ابن المواز : إذا تصدقت بثلك مالها ثم بثلك ما بقي ، وبعده ما بين العطيتين تمضي الصدقتان ، وحده ابن سهل بالسنة فما فوقها .

وفصل أصبغ فقال : إذا أعتقت رأساً ثم رأساً والزوج غائب ثم قدم ، فإن كان بين ذلك ستة أشهر فكل واحد عتق مؤتلف ينظر فيه : هل يحمله الثلث أم لا ؟ وإن كان بين ذلك اليوم واليومان فإن حمل جميعهم الثلث وإلا رد جميعهم ، كعتقها لهم في كلمة وإن كان بين ذلك مثل الشهر والشهرين مضى الأول إن حملة الثلث ورد ما بعده ، وإن حملة الثلث ؛ لأن مخرجه للضرورة .

ورده ابن يونس وغيره : بأنه إذا كان مجموعهما الثلث فينبغي أن يجوز ، كما لو كان بكلمة واحدة إلا أن يعلم أنها قصدت الضرر فيدخله الخلاف المتقدم .

ابن عبد السلام : الأقرب ما قاله المؤلف ، لكن طرده يقتضي أنها لو تصدقت بسدس مالها أو بربعه ، ثم أرادت بعد ذلك بزمان طويل أن تتصدق لم يكن لها إلا تمام الثلث إن لم يتزايد مالها .

كتاب الصلح

الصلحُ : مُعَاوَضَةٌ - كَالْبَيْعِ - ، وَإِبْرَاءٌ ، وَإِسْقَاطٌ

النووي : الصلح والإصلاح والمصالحة والاصطلاح : قطع المنازعة ، وهو مأخوذ من صلح الشيء بفتح اللام أو ضمها إذا كمل ، وهو خلاف الفساد ، يقال : صلحته مصالحة وصلحاً بكسر الصاد ، ذكره الجوهري^(١) وغيره ، والصلح يذكر ويؤنث ، وقد يقال : اصطلحوا واصلحوا وتصلحوا ، وروى الترمذي وحسنه أنه ﷺ قال : « الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحاً حرم حلالاً أو أحل حراماً ، والمسلمون على شروطهم إلا شرطاً حرم حلالاً أو أحل حراماً »^(٢) .

وقوله : (مُعَاوَضَةٌ... إلى آخره) الظاهر أنه قصد بالإبراء والإسقاط شيئاً واحداً ؛ لأنه كذلك في «الجواهر» و«التلغين» ، ولأن المصنف إنما تعرض للكلام على الإبراء ، فلو كان الإسقاط مبيناً له لتعرض له ، ويحتمل أن يكون قسمه إلى ثلاثة أقسام ، وهو الأليق باختصار المصنف ، وإنه لا يذكر لفظة زائدة .

وإلى هذا ذهب ابن عبد السلام وقال : المعاوضة أخذ ما يخالف الشيء المدعى فيه إما في الجنس أو الصفة ، والإبراء إسقاط بعض ما في الذمة إذا كان المدعى فيه غير معين ، والإسقاط وضع بعض المدعى فيه المعين ، كدار أخذ بعضها ، وقيل : استعمل الإسقاط للعب والإبراء لترك البعض .

وقال ابن راشد : والإبراء أعم من الإسقاط لوجوده مع عدم ثبوت الحق في الإبراء من التهم ومع ثبوته في الإبراء في الديون الثابتة ، وأما الإسقاط فلا يكون إلا في الحقوق الثابتة .

واعترضه ابن عبد السلام بأن المصنف لم يتعرض للإبراء من التهم فلا يحسن أن يقال : إن المصنف أرادته وإن كان صحيحاً من جهة اللغة .

(١) «الصحاح» (٢/١٨٤) .

(٢) أخرجه الترمذي (١٣٥٢)، وابن ماجه (١٥٠٦) والحاكم (٧٠٥٩) والبيهقي في «الكبرى»

(١١١٣٤) من حديث كثير بن عبد الله عن أبيه عن جده ، وصححه الألباني رحمه الله .

فَالصَّلْحُ عَنِ الدَّيْنِ كَبَيْعِ الدَّيْنِ ، وَعَنِ البَّعْضِ إِبرَاءٌ عَنِ البَّعْضِ ، وَالوَضِيعَةُ لَازِمَةٌ

أي : إذا ادعى عليه ديناً فأقر به فصالحه عنه ، فإن صالحه عن جميعه بعرض يأخذه منه فذلك كبيعه منه ، فيشترط في الصلح ما يشترط في بيعه ، وإن صالحه عنه بترك بعضه فهو إبراء عن البعض وما وضع عنه فهو لازم له ؛ لأنها هبة مقبوضة ، ويشترط فيها قبول الموهوب في حياة الواهب ، وهل يكفي في ذلك قبول الموهوب له بعد موت الواهب ؟ فيه قولان .

وَيُقَدَّرُ الدَّيْنُ وَالْمَقْبُوضُ كَالْعَوِضَيْنِ

أي : ويقدر الدين المدعى فيه والمقبوض عنه كالعوضين في البيع ؛ أي كما لو باع الدين بعوض فما يجوز في البيع يجوز في الصلح ، وما يمتنع يمتنع .

فَيُعْتَبَرُ : ضَعُّ وَتَعَجُّلٌ ، وَحُطُّ الضَّمَانِ وَأَزِيدُكَ ، وَبَيْعُ الدَّيْنِ بِالدَّيْنِ

عطف بالفاء لأنه كالنتيجة عما قبله ، (وَضَعُّ وَتَعَجُّلٌ) يكون في العين وغيرها ، كما لو ادعى عليه بعشرة دراهم أو عشرة أثواب إلى شهر فأقر بذلك ثم صالحه على ثمانية نقداً .

(وَحُطُّ الضَّمَانِ وَأَزِيدُكَ) إنما يكون في غير العين ، كما لو ادعى عليه بعشرة أثواب إلى شهر فصالحه على اثني عشر نقداً ، وإن صالحه عنها بدنانير أو دراهم مؤجلة لم يجز ، لأنه فسخ دين في دين ، وهذا معنى قوله : (وَبَيْعُ الدَّيْنِ بِالدَّيْنِ) ، وكذلك يعتبر الصرف المؤخر كما لو صالحه عن دنانير مؤجلة بدراهم أو بالعكس ، وكذلك يعتبر بيع الطعام قبل قبضه فلا يجوز لمن ادعى بطعام من بيع أن يصالح عنه بغيره ، وكذلك يشترط معرفة ما يصالح عنه ، فإن كان مجهولاً لم يجز .

ولذلك اشترط في « المدونة » في صلح الولد للزوجة على إرثها معرفتها بجميع التركة وحضور أصنافها وحضور من عليه العرض وإقراره وإلا لم يجز ، وكان المصنف نبه بالموانع الثلاثة على ما عداها .

وَأَمَّا الصَّلْحُ عَلَى تَرْكِ الْقِيَامِ بِالْعَيْبِ ، فَأَبْنُ الْقَاسِمِ يَرَى أَنَّهُ مُبَايَعَةٌ بَعْدَ فسخِ الْأَوْلَى فَيُعْتَبَرُ مَا يَحِلُّ وَيَحْرَمُ مِنْ بَيْعٍ وَسَلْفٍ ، وَفَسَخَ دَيْنٍ فِي دَيْنٍ ، وَأَشْهَبُ يَرَى الْبَيْعَ الْأَوَّلَ بَاقِيًا ، وَهَذَا عَوْضٌ عَنِ الْإِسْقَاطِ فَيُعْتَبَرُ مَا يَحِلُّ وَيَحْرَمُ مِنْ سَلْفٍ جَرَّ مَنفَعَةً ، وَفَسَخَ دَيْنٍ فِي دَيْنٍ

يعني : أن من اشترى سلعة ثم اطلع على عيب بها فقام به فأقر به البائع ، أو قامت به بيته واصطلحها على شيء يدفعه له ويترك القيام بالعيب ، فرأى ابن القاسم أن العقدة الأولى قد انحلت ، وهذه إنشاء مبايعة أخرى ، ورأى أشهب أن العقدة الأولى باقية ، وما وقع به الصلح عوض عن القيام بالعيب .

ومنشأ الخلاف : من ملك أن يملك هل يعد مالكا أم لا ؟ وأحسن من هذا أن يقال كما قال المازري وابن شاس وغيرهما : إن من خبير بين شيئين هل يعد مالكا لما يختاره قبل اختياره أم لا ؟ فإن التمسك بهذا المغيب ملك أن يتمسك أو يرد ، فهل يقدر أنه مالك للرد قبل اختياره فيكون الصلح عما ملك ، أو لا يكون مالكا إلا لما اختاره وهو التمسك ؟ واختار جماعة قول أشهب ؛ لأن القيام بالعيب لا يلزم فيه حل البيع .

اللخمي : وهو أقيس إذا قام بالعيب ولم يقل رددت ، فإن قال : رددت ، فالجواب على قول ابن القاسم ، وقد نقل القصار عن مالك أن قول المشتري : رددت ، فسخ للبيع وإن لم يحكم بذلك ، ويظهر ما بناه المصنف على كل قول بالتمثيل .

فَمَنْ اشْتَرَى عَبْدًا بِمَائَةٍ نَقْدًا وَنَقَدَهَا فَصَالِحٌ عَنْ عَيْبٍ بِمَعْجَلٍ مِنْ ذَلِكَ النَّقْدِ أَوْ مِنَ الْعُرُوضِ جَازَ عِنْدَهُمَا

قوله : (عبدًا) مثال وتبع في فرض المسألة المدونة ، وقيدها في «المدونة» بما إذا كان العبد باقيا ، وذكر للمسألة شرطين : أن يكون الشراء بالنقد ، وأن يكون قد نقد الثمن ، فإذا صالحه بنقد أو عرض جاز عند ابن القاسم وأشهب ، والجواز على قول أشهب واضح ، وكذلك على قول ابن القاسم ؛ لأنه لما انتقض البيع الأول وجب للمشتري عند البائع مائة ، أخذ عوضاً عن تسعين منها عبداً واسترد عشرة ، ولهذا كان من شرط الجواز أن تكون العشرة من سكة المائة .

وهو معنى قوله : (مِنْ ذَلِكَ النَّقْدِ) أما إذا كانت من سكة أخرى فيمتنع ؛ لأنه بيع ذهب وعبد بذهب .

فَلَوْ صَالِحَ بَعَشْرَةَ إِلَى شَهْرٍ مَنَعَ ابْنُ الْقَاسِمِ ؛ لِأَنَّهُ بَيَّعَ وَسَلَفٌ ؛ لِأَنَّهُ اشْتَرَى حِينَئِذٍ الْعَبْدَ بِتِسْعِينَ وَأَخْرَ الْعَشْرَةَ ، وَجَوَّزَ أَشْهَبٌ ؛ لِأَنَّهَا عَنِ الْعَيْبِ

منع ابن القاسم ؛ لأنه لما انحلت العقدة الأولى وجب للمشتري في ذمة البائع مائة حالة اشترى بتسعين منها عبداً وأخره بعشرة ، وذلك سلف فصار العقد مشتملاً على البيع والسلف ، وجوز أشهب ؛ لأن العقدة الأولى عنده منعقدة فصارت العشرة المؤخرة مأخوذة لأجل العيب ، وليس فيها سلف .

فَلَوْ صَالِحَ قَبْلَ نَقْدِهَا عَلَى تِسْعِينَ وَيُؤَخَّرُ الْعَشْرَةَ إِلَى أَجَلٍ ، انْعَكَسَ الْقَوْلَانِ ؛ لِأَنَّهُ عِنْدَ ابْنِ الْقَاسِمِ : تَأْجِيلٌ لِيَبَّعَ مُسْتَأْنَفٍ ، وَهُوَ جَائِزٌ ، وَعِنْدَ أَشْهَبٍ : آخِرُهُ بِالْعَشْرَةِ لِيَسْقُطَ الْعَيْبُ ، فَهُوَ سَلْفٌ جَرَّ مَنْفَعَةً

أي : لو كانت المسألة بحالها : اشترى عبداً بمائة نقداً ، لكن لم ينقد المشتري المائة حتى اطلع على العيب فصالحه البائع على أن يأخذ منه الآن تسعين ويؤخره بالعشرة الأولى إلى شهر مثلاً انعكس القولان ؛ أي في الصورة لأن ابن القاسم منع في الأولى وأجاز أشهب وهنا بالعكس ، وإلا فكل باقٍ على أصله ، وإنما أجاز ابن القاسم ؛ لأنه لما انحلت العقدة الأولى لم يبق للبائع في ذمة المشتري شيء ثم باعه العبد ثانياً بمائة منها تسعون معجلة ومنها عشرة مؤجلة ، ولا مانع في ذلك ، ومنع أشهب ؛ لأن العقدة الأولى منعقدة فللبائع في ذمة المشتري مائة معجلة أخره منها بعشرة ، وذلك سلف ليسقط عنه القيام بالعيب فيكون سلفاً جرَّ منفعة .

وهذا القدر كافٍ في تصوير كلام المصنف ، وإلا فالمسألة يتصور فيها ست وثلاثون صورة ، وبيان ذلك أنه إما أن يشتريه بدنانير أو بدراهم وينقدها ، أو بدراهم ولا ينقدها أو ينقد مؤخر ، وكل من هذه الثلاثة يتصور فيها اثنتا عشرة صورة ، فيقال : إذا اشتراه بنقد ونقده فيما أن يصلح بدراهم أو بذهب أو بعرض فهذه ثلاثة ، ثم كل منها ينقسم إلى قسمين : معجل ومؤجل ، فهذه ستة ، ثم للعبد حالتان : تارة يكون قائماً وتارة يكون فائتاً ، وكذلك الكلام فيما إذا اشتراه بدراهم ولم ينقد ، أو بدراهم مؤجلة .

ولعل المصنف استغنى عن ذكر هذه الأقسام ، ورأى أن من فهم ما ذكره يمكنه فهم ما تركه ، ولتركت نحن أيضاً الكلام عليها تبعاً له ؛ لأن القصد الأهم حل كلامه .

وَيَجُوزُ الصَّلْحُ عَلَى ذَهَبِ بَرِّقٍ ، وَبِالْعَكْسِ إِذَا كَانَا حَالَيْنِ وَعَجَلٌ

هذه المسألة راجعة إلى صرف ما في الذمة ، ومعنى كلامه أن من ادعى على رجل ذهباً فأقر به فإنه يجوز له أن يصالح عنه بورق معجّل وبالعكس ، ولا شك في اشتراط تعجيل العوض ، وأما حلول ما في الذمة فهو جارٍ على المشهور من أن المعجّل لما في الذمة يعد مسلفاً .

وأما على الشاذ أن الذمة تبرأ فيجوز وإن كان مؤجلاً ، وعلى قول أشهب بمنع صرف ما في الذمة تمتنع المصالحة هنا .

وَالصَّلْحُ عَلَى الْإِنْكَارِ وَعَلَى الْاِئْتِدَاءِ مِنَ الْيَمِينِ : جَائِزٌ حُكْمُهُ ، وَلَا يَحِلُّ لِلظَّالِمِ مِنْهُمَا صورة الصلح على الإنكار أن يدعي عليه داراً أو عبداً أو غيرهما فينكره ، ثم يصالحه على شيء ، وصورة الائتداء من اليمين أن تتوجه اليمين على المدعى عليه فيفتدي منها بمال ، ثم ذكره المصنف أن الصلح على الأمرين جائز حكمه ؛ أي جائز في ظاهر الحكم ، ولا يحل للظالم فيما بينه وبين الله تعالى أن يأخذ ما لا يحل له .

والمذهب جواز الصلح على الإنكار وهو مذهب أبي حنيفة وأحمد لعموم الحديث المتقدم خلافاً للشافعي وابن الجهم من أصحابنا .

فقول المصنف : (جائزٌ) خبر عن قوله : (وَالصَّلْحُ) ، وهو واضح .

ابن هشام : وإن علم المدعى عليه ببراءته وطلبت منه اليمين فليحلف ، ولا يصالح على شيء من ماله وإن صالح أثم من أربعة أوجه :

لأنه أذل نفسه ، وقال عليه الصلاة والسلام : « أذل الله من أذل نفسه » .

الثاني : أنه أطعمه ما لا يحل له .

الثالث : أنه أضاع ماله ، وقد نهى عليه الصلاة والسلام عن ذلك .

الرابع : جراه على غيره كما جراه على نفسه .

ومراد المصنف أن الصلح على الإنكار جائز من حيث الجملة وإلا فلجوازه شروط ، وقد أهملها المصنف ، فشروطه عند مالك ثلاثة ؛ وهي : أن يجوز على دعوى المدعي ، وعلى إنكار المنكر ، وعلى ظاهر الحكم ، وابن القاسم يشترط الأولين فقط ، وأصنغ يشترط شرطاً واحداً ؛ وهو ألا تتفق دعواهما على فساد .

فلو ادعى على رجل دراهم وطعام من بيع واعترف البائع بالطعام وأنكره الدراهم فصالحه على طعام مؤجل أكثر من طعامه ، أو اعترف له بالدراهم فصالحه على دنائير مؤجلة أو دراهم أكثر من دراهمه ، فحكى ابن رشد^(١) الاتفاق على فساد وفسخه لما في ذلك من السلف بزيادة ، والصرف المؤخر .

وإن ادعى عليه غيره عشرة دنائير فأنكره ، فأراد أن يصالحه عنها بدراهم إلى أجل فهذا ممتنع على دعوى المدعى ؛ إذ لا يحل له أن يأخذ في دنائير دراهم إلى أجل ، وجائز على دعوى المدعى عليه ؛ إذ إنما صالح عن يمين وجبت عليه فيمتنع ذلك عند مالك وابن القاسم ؛ لأن من شرطه عندهما أن يجوز على دعواهما معاً ، وهذا لا يجوز على دعوى المدعى .

وأجازه أصبغ ؛ إذ لم تتفق دعواهما على فساد ، وكذلك لو ادعى عليه عشرة أراذب من قرض فقال المدعى عليه : بل لك عندي خمسة من سلم ، فأراد أن يصالحه على دراهم ونحوها معجلة ، فهو جائز على دعوى المدعى ؛ لأن طعام القرض يجوز بيعه قبل قبضه ، ولا يجوز على دعوى المدعى عليه ؛ لأن طعام السلم لا يجوز بيعه قبل قبضه ، فهذا أيضاً يجيزه أصبغ ، ويمنعه مالك وابن القاسم .

ولو ادعى عليه مائة درهم وأنكره فصالحه على خمسين إلى أجل ، أو على تأخير جميعها فهذا جائز على دعوى كل منهما ؛ لأن المدعى يقول : حططت وأخرت فأنا محسن ، والمدعى عليه يقول : افتديت من يمين وجبت عليّ ، وظاهر الحكم أن فيه سلفاً جر منفعة فالسلف هو التأخير والمنفعة هي سقوط اليمين المتقلبة على المدعى بتقدير نكول المدعى عليه أو حلفه فيسقط جميع المال ، فهذا ممنوع عند مالك لاشتراطه الجواز في ظاهر الحكم ، وأجازه ابن القاسم ؛ لأنه لم يعتبر هذا الشرط ، ولا إشكال في جوازه على قول أصبغ .

ابن محرز : وإن وقع الصلح على السكوت من غير إقرار ولا إنكار فإنه يعتبر فيه حكم المعاوضة في الإقرار ، ويعتبر فيه على مذهب مالك الوجوه الثلاثة التي بينها في الإنكار .

اللخمي : واختلف في الصلح الحرام والمكروه إذا نزل ، فقال مطرف في «كتاب ابن حبيب» : إذا كان الصلح حراماً صراحاً فسخ أبداً ، فيرد إن كان قائماً والقيمة إن كان

فاتماً، وإن كان من الأشياء المكروهة مضي ، وقال ابن الماجشون : إن كان حراماً فسخ
أبدأ، وإن كان مكروهاً فسخ بحدثنان وقوعه فإن طال أمره مضي ، وقال أصبغ : يجوز
حرامه ومكروهه وإن كان بحدثنان وقوعه .

خليل : لعل المراد بالحرام الحرام المتفق على تحريمه وبالمكروه المختلف فيه .

فَلَوْ أَقْرَبَ بَعْدَ ذَلِكَ فَلَهُ نَقْضُهُ لِأَنَّهُ مَغْلُوبٌ ؟

يعني : لو ادعى عليه بمال فأنكره فصالحه على بعضه أو خلاف ، ثم ثبت الحق بعد
الصلح فيما أن يثبت بإقرار أو بيينة .

وبدأ المصنف بالأول وذكر أن للمدعي نقض الصلح ؛ لأنه كان كالمجبور عليه .

ودل قوله : (فَلَهُ نَقْضُهُ) على أن له إمضاءه ، ونص سحنون على ذلك .

فَلَوْ ثَبِتَ بَيِّنَةٌ لَمْ يَعْلَمْ بِهَا ، فَفِيهَا : لَهُ نَقْضُهُ ، وَقِيلَ : لَا

لعله نسب المسألة « للمدونة » ليعين أن المشهور أن له النقض ، ووجهه أنه مغلوب كأول
والقول بأنه ليس له النقض رواه مطرف عن مالك .

والفرق بين هذه وبين التي قبلها على هذا أن المدعى عليه في الأول مقر على نفسه
بالظلم ، وهذا مقيم على الإنكار ، وأيضاً فإن المدعي في الثانية مفرط لعدم تثبته .

فَإِنْ كَانَ عَالِماً بِهَا وَصَرَحَ بِإِسْقَاطِهَا لَمْ يَقُمْ بِهَا

أي : وصرح حين المصالحة بأن لا يقوم بها ، لم يقم به لإسقاطه حقه ، وهكذا في
« المدونة »^(١) ، وقيدها المازري بأن تكون حاضرة حين الصلح ويكون قادراً على القيام بها .

فَإِنْ لَمْ يُصَرَحْ ، فَقَوْلَانِ مُخْرَجَانِ مِنَ الْمُسْتَحْلِفِ مَعَ عِلْمِهِ بَيِّنَةٌ

أي : فإن لم يصرح المدعي العالم بالبيينة ففي ذلك قولان مخرجان على القولين فيمن
استحلّف خصمه وهو عالم بالبيينة ، ومذهب « المدونة » في المسألة عدم القبول ، أما الأولى
فقال مالك فيمن ادعى قبل رجل مالا فأنكره فصالحه على شيء أخذه ثم وجد بيينة أو أقر
المطلوب : فإن كان الطالب عالماً بالبيينة فلا قيام له ، وإن كانت له بيينة غائبة فخاف موته أو
إعدام الغريم إلى قدومهم فلا حجة له بذلك ، ولو شاء تربص ، وذكر ابن يونس فيها

قولين : فقال : وإذا صالح وهو عالم بالبينة قيل : ليس له القيام بها ، وقيل : ذلك له .
وأما المسألة الثانية ففيها وإن استحلفه بعد علمه بالبينة تاركاً لها وهي حاضرة أو غائبة
فلا حق له .

عياض : والأكثر أن معنى تاركاً ؛ أي : تاركاً للقيام بها مع علمه ، وقال آخرون :
مصرحاً بترك القيام .

ونقل ابن يونس عن ابن نافع أنه روى عن مالك أنه إذا حلفه وبينته حاضرة وهو عالم
بها فله القيام بها بعد ذلك ، وقاله أشهب في غير كتاب .

وذكر المازري أن بعض المتأخرين خرج الخلاف في الصلح على الخلاف في مسألة
الاستحلاف كما أشار إليه المصنف .

خليل : وقد ذكرنا القولين منصوصين فلا حاجة إلى التخريج .

وَلَوْ كَانَتْ غَائِبَةً وَشَرَطَ الْقِيَامَ بِهَا فَلَهُ ذَلِكَ

وفي بعض النسخ عوض (غائبة) (بعيدة) ، وكذلك هو في المازري ، وهو الأظهر ؛
لأن القرية في حكم الحاضرة ؛ يعني إذا صالح لتعذر بيئته وشرط القيام بها .

وحكى المصنف الاتفاق تبعاً للمازري ، وكذلك قال ابن يونس ، وقال ابن يونس : لا
ينبغي أن يختلف فيه .

فإن قيل : يعارض هذا القول ما وقع لابن القاسم فيمن آخر من له دين عليه بشرط أنه
متى ادعى القضاء لم يستحلفه ، واصطلح على ذلك أن هذا الصلح لا يلزم ، ومتى ادعى
المديان القضاء كان له استحلاف الطالب .

وقيل : لا ؛ فالفرق أن اشتراط إسقاط اليمين خلاف ما يوجب الشرع فلم يوف له
بشرطه ، وذكروا في المذهب أن الخصمين لو اصطلحا على إسقاط البينة أو على أن المدعى
عليه إن نكل عن اليمين غرم الحق من غير أن يرد اليمين على المدعي أن ذلك ماضٍ .

فعارض المازري بين هذا وبين ما قبله ؛ لأن كون النكول يوجب الغرامة من غير رد
اليمين على المدعي خلاف الشرع .

وأجاب ابن عبد السلام بأن إسقاط اليمين يؤول إلى سلف جر منفعة ، فلا يلزم بل ولا

يجوز ابتداء ، وأما الصلح على إسقاط البينة فهو على إسقاط حق آدمي بعد وجوبه ،
وأيضاً فإسقاط البينة بعد علمه بها وبما شهدت به دليل على خلل عقد التسليم بها في
شهادتها ، وأما الصلح على أن المدعى عليه يغرم بالنكول من غير رد يمين فهو موافق
لمقتضى الشرع على أنه رأي الحنفية وغيرهم ، فلا يبعد إمضاؤه كغيره من مسائل الخلاف إذا
وقع .

واختلف المذهب إذا شرط من باع بثمن مؤجل أنه مصدق في عدم قبض الثمن ما لم
تقم للمشتري بينة ، هل يوفى بالشرط أم لا ، أو يوفى للأفاضل فقط ؟ على ثلاثة أقوال .
المازري : وهذا إنما يحسن النظر فيه إذا وقع الصلح على معاوضة ، وأما إن لم تكن
معاوضة والتزم المدعى عليه ألا يرد اليمين وأسقط حقه في ردها فإن هذا لا يختلف في
جوازه ؛ لأنه إسقاط حق على غير عوض .

وَإِنْ أَشْهَدَ سِرًّا فَقَوْلَانِ

هذان القولان ذكرهما ابن يونس وغيره ، ومذهب سحنون القبول ، وقد قال في المقر
سرا: يقول : أخرني سنة وأنا أقر لك ؛ ففعل فصالحه على ذلك ، ثم أقام بينة أنه إن كان
أشهد سرا : إني إنما أؤخره لأنه جحدني ، ولا أجد بينة ، وإن وجدتها قمت بها فذلك له
إن أشهد بذلك قبل الصلح ، وههنا ثمان مسائل : أربع متفق عليها وأربع مختلف فيها ،
فأما المتفق عليها :

فالأولى : إن كان له بينة غائبة وأشهد وأعلن .

والثانية : إذا صالح على الإنكار ثم أقر .

والثالثة : إذا صالح على الإنكار ، وذكر ضياع صكه ؛ أي وثيقته ثم وجده بعد
الصلح ، فهذه الثلاثة اتفق فيها على القبول .

والرابعة : إذا ضاع صكه فقال له الغريم : ححك حق فأت بالصك فامحه وخذ ححك ،
وقال : قد ضاع وأنا أصلحك ، فيفعل ثم يجد ذكر الحق ، فلا رجوع له باتفاق .

ابن يونس : والفرق بين هذه والتي قبلها أن غريمه في هذه معترف ، وإنما طلبه بإحضار
صكه ليمحو ما فيه ، فقد رضي هذا بإسقاطه واستعجال حقه ، والأول منكر للحق ، وقد
أشهد أنه إنما صالحه لضياع حقه فهو كشاهده أنه إنما يصلح لغيبه بيته .

وأما الأربع المختلف فهي : إذا كانت بيته غائبة وأشهد سرا كما ذكرنا .

الثانية : إذا صالح ولم يعلم بيته ثم علم ، والمشهور القبول كما تقدم .

والثالثة : إذا صالح وهو عالم بيته ، وتقدم أن المشهور فيها عدم القبول .

والرابعة : من يقر في السر ويجحد في العلانية فصالحه غريمه على أن يؤخره سنة ، ولو شهد الطالب أنه إنما يؤخره لغيبة بيته ، فإذا قدمت قام بها ، فقل : إن ذلك له إذا علم أنه كان يطلبه وهو يجحده ، وقل : ليس له ذلك .

خليل : وأفتى بعض أشياخ شيخي بأن ذلك له للضرورة ، وهو قول سحنون ، والآخر لمطرف ، وهذه المسألة تسمى إيداع الشهادة ، والله أعلم .

كتاب الحوالة

الحوالة : نَقْلُ الدَّيْنِ إِلَى ذِمَّةٍ تَبَرُّأُ بِهَا الْأَوْلَى

عياض وغيره : مأخوذة من التحول من شيء إلى شيء لأن الطالب تحول من طلبه لغريمه إلى غريم غريمه .

وهي محمولة على النذب عند أكثر شيوخنا ، وحملها بعضهم على الإباحة لما أشبهت بيع الدين بالدين ، وعند أكثر مشايخنا مستثناة من الدين بالدين وبيع العين بالعين من غير يد بيد ، كما خصت الشركة والتولية والإقالة من بيع الطعام قبل قبضه ، وكما خصت العارية من بيع الطعام بالطعام نسيتة ومتفاضلاً ، لما كان سبيل هذه التخصيصات المعروف .
وذهب الباجي إلى أنها ليست حكمها حكم البيع ، ولا هي من هذا الباب ، بل هي عنده من باب النقد ، وذهب أهل الظاهر إلى وجوب القبول في الحوالة ، لما رواه مالك وغيره « مطلق الغني ظلم ، فإذا أتبع أحدكم على مليء فليتبع »^(١) .

وأجيب بعد التسليم أن الأمر حقيقة في الوجوب لا النذب بأن هنا دليلاً يمنع من الوجوب ؛ لأن صاحب الدين إنما عامل صاحب هذه الذمة : « والمؤمنون عند شروطهم » ولأن الحوالة مترددة بين البيع وفعل المعروف ، وكلاهما غير واجب ، ولأنه لو وجب لكل من أحلت عليه أن يحيلك إلى ما لا نهاية له ، أو يحيلك على مليء ظالم ، والأول مؤد للضرر ، والثاني مؤد إلى إبطال الحق .

وأجيب عن هذا الوجه بأن المحال يلزمه قبول الحوالة ، ما لم يكثر ذلك فتخرج صورة الضرر بالدلائل الدالة على نفي الضرر ، كقوله ﷺ : « لا ضرر ولا ضرار »^(٢) وقوله ﷺ : « فإذا أتبع أحدكم على مليء فليتبع » .

عياض : الصواب فيه تسكين التاء ، وبعض المحدثين والرواة يشددنها ، يقال : تبعت فلاناً فأنا أتبعه ، ساكن التاء ، ولا يقال : اتبعه بفتح التاء وتشديدها إلا من المشي خلفه .

فرع : وإذا مطلق الغني ردت شهادته عند أصبغ ، وسحنون ؛ لأنه ظالم لا عند محمد

(١) أخرجه مالك (١٣٥٤) والبخاري (٢١٦٦) ومسلم (١٥٦٤) عن حديث أبي هريرة - رضي الله عنه - .

(٢) تقدم تخريجه .

ابن عبد الحكم .

خليل : والظاهر أن من علم من صاحب الدين الاستحياء من المطالبة أن ذلك كالمطل ، والله أعلم .

وقول المصنف : (نَقَلَ الدِّينَ) كقوله في «التلقين» : تحويل الحق عن ذمة إلى ذمة تبرأ بها الأولى ؛ لأن رسم القاضي أحسن ، لأنه أبقى لفظ التحويل ، وإذا أمكن في الحد إبقاء الألفاظ في معناها اللغوي كان أحسن ؛ لأن الخروج عن مقتضى اللغة خلاف الأصل لأن قول القاضي : (الحق) أحسن أيضاً من قوله : (الدِّين) ؛ لأن المتبادر من الدين ما قابل المنافع بخلاف لفظ الحق ، فإنه يشمل المنافع وغيرها .

واعترضه ابن راشد بأن النقل حقيقة في الأجسام مجاز في المعاني ، والدين لم ينتقل ، وإنما يأخذ مثله من ذمة أخرى .

وقول المصنف : (نَقَلَ الدِّينَ إِلَى ذِمَّةٍ) فيه حذف مضاف ؛ أي من ذمة إلى ذمة .

وقوله : (تَبَرَّأَ بِهَا الْأُولَى) هو على جهة «البيان» ، قاله ابن راشد .

واعترض ابن عبد السلام قوله : (تَبَرَّأَ بِهَا الْأُولَى) لأن البراءة إنما هي مرتبة على الحوالة ، لأنك تقول : برأت ذمة فلان من دينه لأنه أحالي على فلان ، فلا يصلح أن يدخل ذلك في الحد لأن العلة غير المعلول .

خليل : ولعله احترز به من الحمالة ، فإن فيها شغل ذمة أخرى بالحق ولا تبرأ به الأولى ، قيل : وقوله : (نَقَلَ الدِّينَ إِلَى ذِمَّةٍ) أعم من أن يكون في الثانية دين أم لا ، وإذا لم يكن في الذمة دين فيما أن تكون حوالة أم لا ، فإن لم تكن فالتعريف غير مانع لصدقه عليه ، وإن كانت حوالة بطل قوله في شروطها : (ومنها أن يكون على المحال عليه دين) .

وَلَهُ شُرُوطٌ - مِنْهَا : رِضَا الْمُحِيلِ وَالْمُحَالِ دُونَ الْمُحَالِ عَلَيْهِ

أي : لنقل الدين .

وفي بعض النسخ (ولها) فيعود على الحوالة ، وحاصل ما ذكره المصنف أربعة شروط : الأول : رضا المحيل والمحال ولا خلاف في اشتراط رضا المحيل ؛ لأن الحق متعلق بذمته ، فلا يجبر على أن يعطيه من ذمة أخرى ، وأما رضا المحال فهو مبني على مذهب الجمهور في عدم وجوب قبول الحوالة ، وأما على مذهب أهل الظاهر فلا ؛ لوجوب ذلك عليه .

وأما رضا المحال عليه فلا يشترط على المشهور ، وحكى ابن شعبان قولاً باسـتـرطـار رضاه والأول أظهر للاتفاق أن لصاحب الحق أن يوكل من شاء على قبض دينه ، وليس لمن عليه الدين كلام .

وعلى المشهور فيشترط في ذلك السلامة من العداوة ، قاله مالك .

المازري : وإنما يعترض الإشكال لو استدان رجل من آخر ديناً ثم حدث بينهما عداوة بعد الاستدانة ، هل يمنع من له الدين من اقتضاء دينه لثلاثين يوماً في اقتضاء دينه ويؤذي عدوه ، فيؤمر بأن يوكل غيره أو لا يمنع ؛ لأنها ضرورة سبقت وقد وقعت المعاملة على أن صاحب الحق يقتضي دينه ؟ تردد فيها ابن القصار ، وإشارته تقتضي الميل إلى أنه لا يمكن من الاقتضاء بنفسه ، وعلى المشهور فهل يشترط حضور المحال عليه وإقراره كما في بيع الدين ، وهو قول ابن القاسم أو لا وهو قول ابن الماجشون ؟

وللموثقين من الأندلسيين أيضاً القولان ، وفي «المتطية» عن مالك إجازة الحوالة مع الجهل بذمة المحال عليه ، ولعل الخلاف منه على الخلاف الذي بين الشيوخ : هل الحوالة مستثناة من بيع الدين بالدين فيسلك بها مسلك البيوع أو هي أصل بنفسها ؟

وَمِنْهَا : أَنْ يَكُونَ عَلَى الْمُحَالِ عَلَيْهِ الدَّيْنُ لِلْمُحِيلِ

لأن حقيقة الحوالة تقتضي أن تكون على دين ، لأنها نقل دين من ذمة إلى ذمة .

الباجي^(١) : فإن لم يكن على المحال عليه دين فهي حمالة عند جميع أصحابنا ، كانت بلفظ الحمالة أو الحوالة ، إلا ما قاله ابن الماجشون أنها إذا كانت بلفظ الحوالة تكون حوالة . الباجي : ويلزمه على قوله أن يعتبر رضا المحال عليه ، ويقع في بعض النسخ التنبيه على هذا القول بزيادة (على المشهور) بعد الكلام المتقدم .

فَلَوْ أَحَالَهُ عَلَى مَنْ لَا دَيْنَ لَهُ عَلَيْهِ فَعَدِمَ رَجْعَ إِلَّا أَنْ يَعْلَمَ أَنَّهُ لَا شَيْءَ لَهُ عَلَيْهِ وَيَشْتَرِطَ الْبَرَاءَةَ فَلَا رَجُوعَ لَهُ

هذا تفريع على المشهور ، فلو أحاله على غير أصل دين رجع المحال على المحيل إلا أن يعلم المحال أن المحيل لا شيء له على المحال عليه ، واشترط المحيل على المحال البراءة ، وهكذا قال ابن القاسم في «المدونة»^(٢) ، وحصل ابن زرقون فيها خمسة أقوال :

(١) «المنتقى» (٧/٤٨٦) .

(٢) «المدونة» (١٣/٢٨٩) .

الأول : لابن القاسم ، لا رجوع له على المحيل .

الثاني : رواية ابن وهب في «المدونة» لا رجوع له إلا في الموت والفلس .

الثالث : رواية مطرف بالخيار ، وهو مثل رواية عيسى عن ابن القاسم .

الرابع : قول أشهب وابن الماجشون : الشرط باطل وهي حمالة لا يطالبه إلا في غيبة المحيل أو عدمه حتى يسمي الحوالة .

والخامس : للملك وابن القاسم أن الشرط لا ينفعه إلا في ذي سلطان أو سيئ القضاء ، هذا إذا اشترط البراءة .

وإن لم يشترطها ولكنه شرط أن يتبع أيهما شاء فثلاثة أقوال :

الأول : لابن القاسم له شرطه .

الثاني : أنه أيضاً لا ينتفع المشتراط إلا للمعنى ، مثل أن يكون الغريم ذا سلطان أو سيئ القضاء .

الثالث : للملك من رواية أشهب ، وبه قال أشهب وابن الماجشون : الشرط باطل وهي حمالة لا يطالب إلا في غيبة الغريم أو عدمه .

تنبهات :

الأول : قول ابن زرقون الثاني : رواية ابن وهب في «المدونة» ؛ يدل على أنه حمل رواية ابن وهب على الخلاف ، وأن مذهب ابن القاسم عدم الرجوع مطلقاً ولو فلس أو مات وهو تأويل سحنون وابن رشد .

وتأوله أبو محمد على الوفاق ، وحمل قول ابن القاسم : لا رجوع له على المحيل على ما إذا لم يمت المحال عليه أو فلس وجمع بينهما أيضاً أبو عمران ، قال : لأن في جواب ابن القاسم اشتراط البراءة ، وليس ذلك في رواية ابن وهب ، قال : فابن القاسم يوافق رواية ابن وهب ، وابن وهب يوافق قول ابن القاسم .

الثاني : قال التونسي وابن يونس وغيرهما : وقع في «المدونة» لفظان في الحوالة على أصل دين ، فمرة جعل ذلك حمالة يبدأ بالذي عليه الدين فإن لم يوجد عنده شيء رجع على الذي تحول عليه ، ومرة يبدأ بالمحال عليه فإن فلس رجع على المحيل .

الثالث : ابن عبد السلام : وقع في بعض النسخ يائر قول المصنف : (فَلَا رُجُوعَ) ما نصه على القولين وليست بصحيحة لوجهين :

أما أولاً : فلأنه لم يقع في المسألة خلاف ، وأما ثانياً : فلأن هذه النسخة تشعر بأن المسألة متفق عليها ، وفيها خمسة أقوال كما تقدم .

خليل : وقد يقال : لا نسلم قوله على القولين يشعر باتفاق .

وقد ذكرنا أنه وقع في بعض النسخ زيادة (على المشهور) فتصح هذه النسخة عليها .

وَمِنْهَا : أَنْ يَكُونَ الدِّينُ حَالًا ، وَلَا يُشْتَرَطُ حُلُولُ مَا عَلَى الْمَحَالِ عَلَيْهِ

هذا هو الشرط الثالث : أن يكون الدين أي المحال به حالاً ، واستقرأه غير واحد من قوله عليه الصلاة والسلام : «مطل الغني ظلم»^(١) ؛ فإن المطل لا يكون إلا بالحال ، والحوالة رخصة فيقتصر بها على موردها .

ولا يشترط حلول ما على المحال عليه ، لأنه إذا احتال على من لم يحل كان ذلك زيادة في المعروف .

إِلَّا أَنْ ابْنَ الْقَاسِمِ اشْتَرَطَهُ فِي نُجُومِ الْكِتَابَةِ

ظاهر كلامه أن الاستثناء عائد على الجملة الأخيرة ، وهي قوله : (وَلَا يُشْتَرَطُ حُلُولُ مَا عَلَى الْمَحَالِ عَلَيْهِ) .

ابن عبد السلام : ويحتمل أن يعود عليها وعلى التي قبلها ، ويكون الضمير في (اشْتَرَطَهُ) عائد على مطلق الدين الذي هو قدر مشترك بين الدين المحال به والمحال عليه ، ويعضد هذا أنه في «الجواهر»^(٢) ذكر الخلاف فيهما ، ونصه : وتجاوز الحوالة على نجوم الكتابة إن كانت الكتابة حالة ، ولم يشترط غير ابن القاسم حلولها وكذلك الحوالة بالنجوم ، واشترط ابن القاسم حلولها أيضاً ، ولم يشترطه غيره انتهى .

ولكن اعترض ما حكاه ابن شاس والمصنف في الكتابة المحال عليها .

وأما الكتابة المحال بها فاشترط ابن القاسم في «المدونة» حلولها ، قال : وإلا فهي فسح

(١) تقدم تخريجه .

(٢) «الجواهر» (٢/٦٤٨) .

دين في دين ، وقاس ذلك ابن القاسم على ما سمعه من مالك من منع بيع كتابة المكاتب لأجنبي بما لا يجوز قاله في «المدونة» .

وقال غيره : يجوز ويعتق مكانه ، لأن ما على المكاتب ليس ديناً ثابتاً ، وهو كمن قال لعبده : إن جئتني بمائة دينار فأنت حر ، ثم قال : إن جئتني بألف درهم فأنت حر واشتراط ابن القاسم الحلول لما تقدم أن من شرط الدين المحال به الحلول ، ورأي الغير أن ذلك ليس ديناً ثابتاً كالديون ، وإلى ذلك أشار الغير بالتشبيه بقوله : وهو كمن قال لعبده... الخ .

وعارض الأشياخ تشبيه ابن القاسم هذه المسألة بما حكاه عن مالك من منع الأجنبي أن يشتري كتابة مكاتب بما لا يجوز ، فإن الحوالة أمر بين السيد وبين مكاتبه أسقط عنه الكتابة، واعتاض ماله في ذمة الأجنبي ، فلم تقع بين السيد وبين الأجنبي مبيعة ، وأما بيع الكتابة من أجنبي فهي مبيعة بينه وبين الأجنبي لا بينه وبين مكاتبه ، وهذا مفترق ، ولهذا اختار سحنون وابن يونس وغيرهما قول الغير هنا .

وحكى عبد الحق^(١) عن بعض شيوخه أنه يختلف ابن القاسم وغيره إذا سكتا عن شرط تعجيل العتق وعن بقاءه مكاتباً ، فقال ابن القاسم : يفسخ ما لم يفت بالأداء ، وعند غيره يحكم بتعجيل العتق .

وأما لو أحال بشرط تعجيل العتق فلا يختلفان في الجواز ولا في عدمه بشرط عدمه .
وأما كتابة المحال عليها فلا يشترط ابن القاسم ولا غيره فيها الحلول ولا يعرف منها من قال به ، ونصها في «المدونة» .

ابن القاسم : وإن أحالك مكاتب بالكتابة على مكاتب له وله عليه مقدار ما على الأعلى فلا يجوز لك إلا أن تبطل أنت عتق الأعلى فيجوز .

ابن يونس^(٢) : يريد وإن لم تحل كتابة الأعلى فيجوز بشرط تعجيل العتق ، كما لا تجوز الحمالة بالكتابة إلا على شرط تعجيل العتق .

قال في «المدونة»^(٣) : ثم إن عجز الأسفل كان ذلك رقاً ، ولا ترجع على المكاتب

(١) « النكت والفروق » (١٧٦/٢) .

(٢) الجامع لابن يونس (٧٥/٦) .

(٣) « المدونة » (٦/٢) .

الأعلى بشيء ، لأن الحوالة كالبيع ، وقد تمت حرمة ، هذا كله بشرط أن يكون المحال السيد لا الأجنبي .

التونسي : والمكاتب جازر له أن يحيل لسيدته بما حل من كتابته على ما لم يحل ، وإن كان المحال أجنبياً لم يجز ، قال : وهي لو حلت لم تجز للأجنبي ، لأن الحوالة إنما أجزت في الأجنبي إذا أحيل على مثل الدين ، وههنا قد يعجز المكاتب المحال عليه ، فتصير الحوالة قد وقعت على جنس غير الدين ، كما لو كان على رجل دين لأجنبي فأراد أن يحيله بذلك على مكاتبه ما جاز ذلك ، لأنه قد يعجز فتصير الحوالة قد خالفت ما رخص فيه منها ، وهو أن يكون المحال عليه من جنس المحال به .

فإن قيل : فأنتم تميزون بيع الكتابة مع إمكان أن يشتري كتابته تارة ورقبته أخرى ، قيل : أصل الحوالة رخصة ، لأنها مستثناة من بيع الدين بالدين ، فلا يتعدى بها ما خفف منها انتهى .

والاعتراض على ابن شاس^(١) أقوى منه على المصنف ، لأن ابن شاس صرح بالخلاف فيها .

فإن قلت : لا يلزم من عدم الاطلاع على الخلاف ألا يكون .

قيل : قال ابن عبد السلام : إنما أنكرنا على المصنف وابن شاس ذكر الخلاف بعد طول البحث عنه في مظانه ولم نجد مع الاستعانة في ذلك بمن يظن حفظه .

فإن قلت : لم لا تجعل الاستثناء في قوله : (إِلَّا أَنَّ ابْنَ الْقَاسِمِ اشْتَرَطَهُ فِي نُجُومِ الْكِتَابَةِ) راجعاً إلى الجملة الأولى ليوافق المنقول ، ولا يكون حيثئذ على كلام المصنف اعتراض .

قيل : لم يقل أحد بعوده إلى الجملة الأولى فقط ، وإنما اختلف هل يعود للأخيرة فقط ، أو للجميع ؟ نعم ، قد يعود إلى الأولى بقريئة ، ولا قريئة .

تنبيه : عارض الأشياخ اشتراطه في المسألة الثانية في الجواز أن يعجل عتق الأعلى وقالوا : لا معنى لهذا الشرط ، ورأوا أن لفظ الحوالة كاف في ذلك ، لأنها تستلزم براءة ذمة المحيل بنفس عقد الحوالة .

(١) « الجواهر » (٢/٦٤٩) .

المازري : وعندي أن هذا الشرط ليس ملغى ، والقدر فيه عندي أن السيد إذا أحيل على كتابة مكاتب لمكاتبه فإنه لم يتعجل قبض الكتابة ، فيكون ذلك كما لو قبض من مكاتبه جميع الكتابة ، فيكون حر قبض جميعها ، وهذه هنا لم يقبض ، فيمكن أن يكون القصد بها أن يوقف العتق حتى يعلم ما يحصل للسيد الأعلى أو يقصدان بذلك أن يتمادى السيد الأعلى على نجوم كتابة الأسفل ، وإن عجز قام له المكاتب الأعلى ببقية الكتابة التي كانت له عليه ولو قصد ذلك لكان ذلك ممنوعاً في أحد القولين ، لأن المعاوضة التي لا تجوز بين الأجنيين يسامح بها بين المكاتب وسيده إذا اشترطت تعجيل العتق ، لكون السادات يندبون إلى عتق عبيدهم ، ولهم أن يعتقوا بغير عوض ، وندبوا أيضاً إلى أن يضعوا شيئاً من آخر الكتابة استعجالاً للعتق ، وإن فعلوا ذلك من غير اشتراط العتق أجرؤا مجرى الأجانب في التعاوض ، هذا أحد القولين ، وقيل بالجواز وإن لم يشترط تعجيل العتق التفاتاً إلى أن ما يأخذه السيد وما سلمه كأنه في حكم ملكه .

وَمِنْهَا : أَنْ يَكُونَا مُتَجَانِسَيْنِ ، وَلَا يَفْتَقِرُ إِلَى الرِّضَا لَوْ أُعْطِيَهُ فَيَجُوزُ بِالْأَعْلَى عَلَى الْأَدْنَى....

هذا هو الشرط الرابع .

(مُتَجَانِسَيْنِ) كذهب وذهب وفضة بفضة ، فلا تجوز الإحالة بذهب على فضة ولا بالعكس .

(وَلَا يَفْتَقِرُ إِلَى الرِّضَا لَوْ أُعْطِيَهُ) فيكونان متماثلين في القدر والصفة ، هذا ظاهر كلامه ، لكن قوله بإثره : (فَيَجُوزُ بِالْأَعْلَى عَلَى الْأَدْنَى) يدل على أنه إنما أراد السلامة من السلف بزيادة .

وقد صرح بالجواز فيما إذا تحول من الأعلى عن الأدنى ، ولا شك أن إعطاءه الأدنى عن الأعلى مفتقر إلى الرضا ، وتقدير كلامه : فيجوز أن يحتال بالأعلى عن الأدنى ، كما لو كان له فضة محمدية ، فأحيل على يزيدية .

وفي بعض النسخ (على) موضع (عن) ، وقد وقع ذلك في كلام العرب ، ولا يصح أن تكون (عن) باقية على معناها ؛ لأنه يكون المعنى حينئذٍ : فيجوز أخذ الأعلى عن الأدنى ، وذلك لا يجوز ، صرح بذلك غير واحد .

ومقتضى كلامه : إذا أعطى من له أدنى على أنه يجبر على قبوله ، وهو مثل ماله في السلم ، وقد نهينا هناك على أن ظاهر المذهب خلافه .

وما ذكره المصنف من جواز التحول بالأعلى عن الأدنى موافقاً للحمي والمازري وابن شاس ، ووجهه أنه أقوى في المعروف ، فكان جوازه أجدر ، كما لو احتال بدين حالاً على من لم يحل .

وفي «المقدمات»^(١) و «التنبيهات»: اشتراط أن يكون الدين الذي تحول به مثل الذي تحول عليه في القدر والصفة لا أقل ولا أكثر ، ولا أدنى ، ولا أفضل ؛ لأنه إذا كان أقل أو أكثر أو مخالفاً في الجنس والصفة لم تكن حوالة وكان بيعاً على وجه المكايسة ، وحيث حكم بالمنع في هذا الفصل فإنما ذلك إذا لم يقع التقابض في الحال ، وأما لو قبضه لجاز ، ففي «المدونة»^(٢) : إذا اختلفا في الصنف أو في الجودة والصنف واحد ، وهما طعام أو عين أو عرض من بيع أو قرض أو أحدهما من بيع والآخر من قرض فلا تصح الحوالة وإن حالاً .

محمد : إلا أن يقبضه قبل أن يفترقا فيجوز إلا في الطعام من بيع فلا يصح أن يقبضه إلا صاحبه ، قال : وكذلك إن كان أحدهما ذهباً والآخر ورقاً فلا يحيله به ، وإن حالاً ، إلا أن يقبضه مكانه قبل افتراق الثلاث وقبل طول المجلس ، وهذا مما يؤيد ما قاله ابن رشد والقاضي .

وقوله : (لا يَفْتَقِرُ إِلَى الرِّضَا) يحتمل أن يبنى للفاعل ، وضمير الفاعل فيه عائد على المحيل ، وضمير المفعول في (أُعْطِيَهُ) عائد على ما في ذمة المحال عليه ؛ أي لا يتوقف على رضا المحيل لو أعطي ما في ذمة المحال عليه ؛ ولا يجوز أن يعود على المحال ؛ لأنه يلزم منه أن المحال إذا أعطيه الأعلى جاز ، وليس كذلك .

ويحتمل أن يكون مبنياً للمفعول ، ويكون مفعوله عائداً على ما فهم من الكلام وهو الدين ، وضمير (أُعْطِيَهُ) عائد على الدين المحال به ، أي لا يفتقر إلى الرضا في أخذ الدين المحال به لو أعطيه من له دين .

تنبيه : زاد صاحب «المقدمات»^(٣) وصاحب «التنبيهات» شرطاً آخر ، وهو ألا يكون الدينان طعاماً من سلم ، سواء حلاً أو لم يحل ؛ لئلا يدخل بيع طعام قبل قبضه ، وسواء كان الطعامان متفقين أم لا ، استوت رؤوس الأموال أم لا ، وأجاز أشهب إذا اتفقت رؤوس

(١) «المقدمات» (٤٠٤/٢) .

(٢) «المدونة» (١٤/٣) .

(٣) «المقدمات» (٤٠٤/٢) .

الأموال واتفق الطعامان تشبيهاً بالتولية ، فإن كان الطعامان من قرض جاز ، وإن كان أحدهما من بيع والآخر من قرض جازت الحوالة عند ابن القاسم بشرط حلول الطعامين معاً .

وحكى ابن حبيب عن مالك وأصحابه إلا ابن القاسم جواز الحوالة بشرط حلول المحال به خاصة .

فَلَوْ أَفْلَسَ أَوْ جُحِدَ فَعَلَى الْمُحَالِ إِلَّا أَنْ يَكُونَ الْمُحِيلُ عَالِماً بِالْإِفْلَاسِ دُونَهُ

يعني : فلو أفلس المحال عليه أو جحد الحق بعد تمام الحوالة فالصيبة على المحال ولا رجوع له على المحيل لحصول البراءة ، إلا أن يكون المحيل عالماً بإفلاس المحال عليه دونه ؛ أي دون المحال ، فللمحال حينئذ الرجوع على المحيل ؛ لأنه غرّه .

وقوله : (يعلم دونه) هو ظاهر إذا كان المحال عليه ظاهر الملاء ، وأما لو شك المحال في ملاءه ، وكان المحيل عالماً بالإفلاس .

المازري : الأظهر عندي أن يكون له الرجوع كالأول ، ومسألة الفليس صحيحة في «المدونة» وغيرها ، وقيدها المغيرة فقال : إلا أن يشترط المحال الرجوع على المحيل إذا فليس المحال عليه ، فيمكن من شرطه ، وأما مسألة الجحود فتبع المصنف فيها ابن شاس (١) .

وذكر المازري أنه لا يعلم للمالك فيها نصاً ، لكنه أشار في تعليل المذهب إلى مثل ما قاله المصنف ؛ لأنه قال : وما يشير إليه من أن الحوالة كالقبض يصحح أن الجحود لا يوجب الرجوع على المحيل ، وكذلك قال بعض أشياخه : إن الجحود لا يوجب الرجوع على المحيل ؛ لأن المحال فرط إذ لم يشهد وعلى هذا عوّل ابن شاس والمصنف ، والله أعلم . وتردد التونسي في هذه المسألة ، واختار عدم الرجوع إذا كانت الحوالة على حاضر مقر بالدين ، والرجوع إذا كان غائباً ، فقال : انظر لو أحاله ثم أنكر المحال عليه أن يكون عليه دين هل يكون ذلك عيباً في الحوالة لقول المحال : لو علمت أنه ليس عليه بينة ما قبلت الحوالة .

أو يقال : أنت مفرط حين أحالك عليه ، وهو حاضر مقر ولم تشهد عليه ، وهذا هو الأظهر ، ولكن لو لم يحضر فقبل الحوالة ، فلما حضر أنكروا لا ينبغي أن يكون للمحال

في ذلك حجة .

المازري : وعندي أن النظر يقتضي فيما قاله تفصيلاً ، فإن كان الغالب في الديون الإشهاد عليها وترك ذلك نادر ، وقال المحال حين جحود المحال عليه : إنما لم أشهد ليقيني بأن المحيل قد كان أشهد عليه على ما تقتضيه العادة ، فلما كتمني أنه لم يشهد عليه صار ذلك كالتغريب منه فوجب لي الرجوع عليه ، كما لو علم بفقر المحال عليه فكتمه .

وأما إطلاقه القول بأن الحوالة إذا كانت على غائب أن يرجع فصحيح ، بشرط أن يكون المحال لم يصدق المحيل في كونه يستحق ديناً على الغائب ، وأما لو صدقه في ذلك وقبل الحوالة وهو يعلم أن لا بينة على الغائب ، فهذا مما ينظر فيه .

وقد اختلف المذهب الاختلاف المشهور في رجل أتى لمن عنده ودیعة لإنسان فقال : أرسلني من أودعكها لإقباضها ، فصدقه فيما ذكر ودفعها له ، ثم قدم صاحب الوديعة وأنكر الإرسال ، وحكم على دافعها بغرامتها ؛ هل له أن يستردها ممن قبضها ويكون إنما صدقه بشرط أن يأتي صاحب الوديعة ويصدق منه ما أعطاه ، أو يكون تصديقه له يمنع من الرجوع على الرسول لاعتقاده أن صاحب الوديعة ظلمه في طلبه بالغرامة وقد أخذها منه ؟ وهذا يلاحظ ما نحن فيه من اعتبار كون المحال إنما صدق المحيل بشرط أن يأتي الغائب فيقر بالدين أو صدقه على الإطلاق ، واعتقد أنه لم يكذب ، انتهى .

ويقع في بعض النسخ عوض (جحد) (حجر) من الحجر ، لكن الظاهر هي النسخة الأولى ؛ لأنه يستغنى عن الحجر بالفلس .

ونقل المازري وغير واحد أنه لا يلزم المحال عند ذلك الكشف عن ذمة المحال عليه هل هو غني أو فقير بخلاف شراء الدين فإنه لا يجوز إلا بعد أن يكون من عليه الدين حاضراً مقرأً يعرف غناه من عدمه .

وفرق المازري بينهما بأن الدين المشتري يختلف مقدار عوضه باختلاف حال المديان من فقير أو غني ، والمبيع لا يصح أن يكون مجهولاً فإذا لم يعلم حال المديان صار مشترياً بالمجهول ، والحوالة ليست ببيع على أحد الطرفين عندنا ؛ بل طريقها المعروف .

وعورض ما ذكره المصنف وهو المذهب من أن علم المحيل بإفلاس المحال عليه يوجب للمحال الرجوع إلى ذمة المحيل إن كان غره بما في كتاب المساقاة من «المدونة» : أن من باع

بشمن إلى أجل والمشتري مفلس ولم يعلم البائع بذلك فقد لزمه البيع ولا مقال به ، وفرق التونسي والمازري بينهما بأن البياعات تتكرر كثيراً لشدة الحاجة إليها وعدم الغنى عنها ، فصار الكشف عن ذمة المشتري مما يشق ، فلو لم يجز البيع للبائع إلا بعد الكشف عن ذمة المشتري والبحث عنها لتوقف أكثر البياعات بخلاف الحوالة فإنها لا تتكرر ، فلا يعسر الكشف عن ذمة المحال عليه .

وزاد المازري فرقاً آخر وهو أن البائع يدفع للمشتري سلعة تقارب الثمن الذي يحل في ذمته فاستغنى بذلك عن الكشف بخلاف الحوالة .

ابن عبد السلام : وأشبه ما قيل في الفرق أن الحوالة بيع ذمة بذمة ، وفلس الذمة عيب فيها فيوجب أن يثبت الخيار للمحال بسبب ظهوره على ذلك العيب ، والعوض في مسألة «المدونة» المذكورة إنما هو الدين لا الذمة ، قال : وهو ضعيف من وجهين :

أحدهما : لا معنى لكونه الذمة هي العوض في الحوالة إلا أن الدين تعلق بها ، وهذا مثله في مسألة «المدونة» قطعاً .

الثاني : سلمنا أن فلس الذمة عيب في الحوالة ، لكن العيوب لا يشترط في القيام بها علم البائع وتدليسه ، بل لمن اطلع على العيب القيام به ، سواء علم به البائع أم لا . وهكذا اعترض غير واحد هذه المسألة بأن فلس المحال عليه حين الحوالة إما أن يكون عيباً أم لا ؛ فالأول : أن يكون للمحال الرجوع على المحيل سواء علم المحيل بفلس المحال عليه أم لا كغيره من العيوب .

والثاني : لا يكون له الرجوع مطلقاً .

وأجيب بأنه عيب مع علم المحيل لغرره ، وأجاب عبد الحق بأن البيع مبني على المكايسة ، فغلظ على البائع فيه ، والحوالة طريقها المعروف فسهل على المحيل إلا أن يغر ، وأجاب الباجي^(١) بأن العيب في السلعة عيب في نفس العوض ، وفلس المحال عليه عيب في محل العوض لا في نفسه ، وبأن الحوالة بمنزلة بيع البراءة فلا يرجع إلا بما علمه البائع ، وبأن الذمم مما يخفى ظاهرها فصارت كالمبيع الذي لا يعلم باطنه فلا يرد إلا أن يعلم أن البائع دلس بعيب .

(١) «المنتقى» (٧/٤٨٧) .

فرع :

فإن جهل أمر المحيل هل علم بفلس المحال عليه أم لا ؟ فقال مالك : ينظر في ذلك ، فإن كان يتهم أحلف .

الباجي : أى يكون ممن يظن به أنه يرضى بمثل هذا حلف .

فَلَوْ أَحَالَ الْبَائِعُ عَلَى الْمُشْتَرِي بِالْثَمَنِ ثُمَّ رَدَّ بَعِيْبٌ أَوْ اسْتَحَقَّ أَنْفَسَخَتْ الْحَوَالَةَ عِنْدَ أَشْهَبَ ، وَأَخْتَارَهُ الْأَثَمَةَ ، وَمَضَتْ عِنْدَ ابْنِ الْقَاسِمِ ، وَيَرْجِعُ الْمُشْتَرِي عَلَى بَائِعِهِ بِنَاءٍ عَلَى أَنَّهَا كَالْمَعْرُوفِ أَوْ كَالْبَيْعِ

يعني : فلو باع رجل سلعة من رجل ، ثم أحال البائع على ثمنها من له عنده دين ، ثم استحق المبيع من يد المشتري أو رد بعيب ، فلاشهب في «الموازية» : تنفسخ الحوالة ، واختاره محمد وأكثر المتأخرين .

محمد : وبه قال أصحاب مالك كلهم ، وهذا معنى قوله : (وَأَخْتَارَهُ الْأَثَمَةَ) .

وقاسه محمد على ما اتفق عليه أصحاب مالك من أن المفلس إذا بيع متاعه في دين وجب عليه ، وأخذ ذلك غرامؤه ثم استحق المبيع فإن المشتري يرجع الثمن على من قبضه . ورده المازري بأن الغرماء لهم الدين كأنهم باعوا بأنفسهم ، فعليهم أن يردوا الثمن إذا استحق المشتري منه ، ومسألة الحوالة وقعت فيها يد ثالثة ؛ وهي يد المحال ، فصار ذلك كفوت الثمن ، وقال ابن القاسم : وهو المنقول عن مالك : تمضي الحوالة .

قوله : (وَيَرْجِعُ الْمُشْتَرِي) هو من تمام قول ابن القاسم : إذا قلنا بامضاء الحوالة فإن المشتري يدفع الثمن للمحال ، ثم يرجع به على البائع بناء على أن الحوالة هل هي كالبيع ، أو إنما طريقها الإرفاق والمعروف ؟

وقول أشهب مبني على أن الحوالة كالمعروف والصدقة فينتقض بانتقاض ما بنيت عليه ، كما إذا تصدق البائع بثمان سلعة أو وهبه ، ثم استحققت السلعة فإن الهبة والصدقة تبطل إذا لم يقبضها على قول أشهب والمعروف من قول ابن القاسم ، وسيأتي آخر المسألة ما في ذلك ، وقول ابن القاسم مبني على أن الحوالة كالبيع ؛ أي كبيع وقع بعد بيع ، فيكون بمنزلة من باع عبداً بمائة دينار ثم اشترى بالمائة من المشتري ثوباً ثم استحق ، فإن البيع في الثوب لا يبطل ببطلان ما يبنى عليه ، وهو بيع العبد .

الملازري : وأشار بعض الأشياخ إلى أن الخلاف مبني في مسألة الحوالة على أنه هل تقدر الحوالة كالفوت لما وقعت فيه فيكون الأمر كما قال ابن القاسم ، أو ليس كالفوت فيكون الأمر كما قال أشهب ؟

واعلم أن قول أشهب مبني على أن رد السلعة بعيب نقض للبيع من أصله ، وعلى قوله : إن لم يكن دفع الثمن للمحال فلا يلزمه ، وإن كان قد دفعه إليه استرجعه ، فإن فات عنده على مذهبه مضى له ، ورجع المشتري بالثمن على البائع .

قال في «البيان»^(١) : وقيل لا يلزمه أن يدفعه إليه فإن دفعه إليه لم يكن له أن يأخذه منه ورجع على البائع ، وقيل : لا يلزمه أن يدفعه إليه ، وكان له أن يرجع به عليه وإن فات من يده ، وإن شاء رجع على البائع ؛ لأن الغيب قد كشف أنه أحاله بما لم يملك ، قال : وأما على القول بأنه ابتداء بيع فيلزمه أن يدفع إلى المحال الثمن قولاً واحداً .

واعلم أن الخلاف الذي ذكره المصنف مقيد بما إذا كان البائع قد باع ما ظن أنه يملكه ، وأما لو باع ما ظن أنه لا يملكه مثل أن يبيع سلعة لرجل ثم باعها من ثانياً وأحال على الثاني بدين ، فلا يختلف أن الحوالة ، ويرجع المحال على غريمه ، ووقع في المذهب مسألة اضطرب النقل فيها أشار بعضهم إلى إجراء ما فيها من الخلاف في مسألة الحوالة ، قالوا : إن أصبغ وأبا زيد روي عن ابن القاسم في «العتبية» فيمن باع عبداً بمائة ، ثم تصدق بها على رجل وأحالها بها وأشهد له بذلك ثم استحق العبد أو رد بعيب : أنه إن كان المتصدق عليه قبض الثمن وفات عنده لم يرجع عليه بشيء ، وإن لم يفت بيد المعطي أخذها منه المشتري ، ولا شيء للمعطي .

ابن زرقون : كذا نقله صاحب «النوادر»^(٢) وهو وهم ، والذي في سماع أصبغ وأبي زيد في «العتبية» أنها تفوق بمجرد القبض فإذا قبضها الموهوب له لم يتبع بها إلا الواهب ، بمنزلة ما لو قبضها الواهب ثم تصدق بها ، وقال ابن القاسم في «الموازية» مثل ما حكاه أبو محمد عن «العتبية»^(٣) .

وروى عيسى عن ابن القاسم في «المدونة» أن نفس الهبة فوت ، ويلزم المتابع أن يدفعه

(١) «البيان والتحصيل» (٣٥٧/١١) .

(٢) «النوادر والزيادات» (١٥٧/١٠) .

(٣) «البيان والتحصيل» (٣٥٧/١١) .

إلى المتصدق عليه والموهوب إذا كان قد جمع بينهما فأقر له ، ويرجع بالثمن على الواهب وهو قول بعض الرواة في «المدونة» في النكاح الثاني في المرأة تهب صداقها لرجل ، ثم تطلق قبل الدخول : أنه يلزمه أن يدفع جميعه إلى الموهوب له ويرجع بنصفه على المرأة ، قال : ويأتي على ما حكاه محمد عن ابن القاسم في المرأة تأخذ صداقها فتصدق به وتطلق قبل الدخول أنه يرجع عليها بنصف الصداق ، وترجع هي به على المتصدق عليه ؛ لأنها تصدقت عليه بما لا يصح لها ملكه ألا يفوت ذلك في مسألة الحوالة بحال ، وإن قبضه الموهوب له واستهلكه لأنه وهب ما لم يملك .

قال : ويجري فيها قول خامس أنه إن كان البائع الواهب عديماً كان للمشتري أن يسك الثمن إن كان لم يدفعه ، وإن كان مليئاً لزمه أن يدفعه إلى الموهوب له ويتبع به الواهب ، وهو قول ابن القاسم في «المدونة» في مسألة هبة الصداق المذكورة .

وهذا إنما هو إذا بنينا مسألة الحوالة على المعروف لا على البيع فاعلمه .

وَإِذَا جَرَى لَفْظُ الْحَوَالَةِ وَتَنَازَعَا فَقَالَ الْمُحِيلُ : وَكَالَةٌ أَوْ سَلْفٌ لَمْ يُقْبَلْ عَلَى الْأَصْحِّ

يعني : إذا صدر لفظ الحوالة بين رجلين ، فقال له مثلاً : أحلتك على فلان ، فقبضه المحال ، فقال المحيل : إنما أردت بذلك التوكيل أو التسلف ، وقال المحال : بل قبضته من دين لي عليك ، فالأصح أنه لا يقبل قول المحيل تغليباً للفظ الحوالة ، وقيل : القول قوله ؛ لأنه لا تدرى إرادة نفسه ولا يعلم ذلك إلا من قوله .

وأراد بالأصح قول ابن الماجشون في «المبسوط» في مسألة الوكالة ، قال فيمن تحول بدين له على رجل ، فقال المحيل : ادفعه لي لأنني إنما وكلتك في قبضه وتسليمه إلي ، وقال المحال : بل كنت استحققتك عليك ديناً قبل الحوالة ، فإن كان القابض ممن يشبه أن يكون له قبل المحيل سبب حلف وسقط عنه قول المحيل ، وإن لم يشبه فإنما هو وكيل ، ويحلف ما أدخله إلا وكيلاً .

اللخمي : وأرى أنه حوالة حتى يقوم دليل على الوكالة ؛ مثل أن يكون هذا ممن يتصرف لصاحب الدين أو تكون عاداته التوكيل على التقاضي ، وهذا ممن يتوكل في مثل هذا المال .

وغير الأصح هو قول ابن القاسم في «العتبية»^(١) في السلف ، قال في من أحال رجلاً

(١) «البيان والتحصيل» (١١/٣٤٠) .

بدين له على رجل : فقال المحيل : إنما أحتك على دين لي ليكون ذلك سلفاً عندك ، وقال القابض : أخذته عن دين كان لي عليك وإحالتني إقرار منك بحقي ، أن القول قول المحيل وهو سلف .

اللخمي : بعد قول ابن الماجشون وابن القاسم والمسألان سواء .

وعلى هذا فإن في كل واحدة قول ، وخرج فيها قول آخر من الأخرى ، وعلى هذا اعتمد المصنف .

لكن قدح المازري فيما أخذه من قول ابن القاسم ، قال : لأن قول المحيل إنما قبضته ليكون سلفاً لي عليك ، يشبه الحوالة على الدين ؛ لأنه لما التزم له أن يسلف مائة صار ذلك كدين له عليك لمن سألك في التسلف ، فصارت الحوالة ههنا بدين على دين باتفاقهما جميعاً .

وإنما تنتقل المسألة إلى أصل آخر وهو أن من قال : قبضت من زيد مائة كانت لي عليه ديناً ، وقال زيد : إنما دفعتها إليك لتكون لي سلفاً ، فإن في المسألة قولين : قيل : يصدق القابض ؛ لأنه ما أقر بعمارة ذمته ولا أقر إلا بقبض شرط فيه أنه يستحقه ، فلا يؤخذ بأكثر مما أقر به ، والقول الآخر أن القول قول الدافع في أنه إنما دفع ذلك سلفاً ؛ لأن القابض لو أتاه قبل أن يقبض منه شيئاً فقال : لي عليك دين ، فأنكر المدعى عليه ، فإن الإجماع على أن القول قول المدعى عليه ، فكذلك يجب أن يكون القول قوله في صفة ما دفع وأنه دفعه سلفاً لا قضاء .

ثم قال : وإذا تقرر هذا فإذا قضى القاضي ، بأن القول قول المحال في أنه قبض ما استحقه فلا تفرغ ، وإن حكم بأن القول قول المحيل فهل للمحال أن يرجع على المحيل ؟

اختلف العلماء في ذلك ، فمنهم من قال : إذا رفع أمره إلى القاضي لم يحكم له على المحيل بشيء ؛ لأنه قد اعترف المحيل ببراءة ذمته بالحوالة ، فليس له أن يطالب ذمته بدين وهو معترف ببراءتها منه ، ولا يصح أن يحكم له القاضي بما يعرف أن الحكم به باطل .

ومنهم من ذهب إلى أنه يحكم له القاضي ؛ لأن الذي حكم به القاضي من تصديق المحيل في أنه وكل وكالة على القبض لا يقتضي سقوط دعوى المحال ، قال : وهذا القول إنما يتصور عندي لو كان المحيل معترفاً بدين المحال ، ولكن المنازعة إنما وقعت في المقبوض .

خليل : وانظر على هذا لو ادعى رب الدين على المديان أنه أحاله ، وأنكره المديان فتوجهت اليمين عليه وحلف هو : هل يجوز له إذا أنكر المحال عليه الحق أن يطالب المديان؛ لأن مقتضى دعواه أنه لم يبق له قبله شيء ، وإنما المحال عليه هو الذي ظلمه ، أو يقال : من حُجّة صاحب الدين أن يقول للمديان : أنت لما أنكرت الحوالة فأنت معترف ببقاء حقي في ذمتك ، ونظير هذه المسألة لو ادعى الزوج الدخول وأنكرت ثم طلقها ، فهل لها أن تطلبه بجميع الصداق لاعترافه ، أو ليس لها ؛ لاعترافها أنها لا تستحق إلا النصف ؟ في ذلك خلاف .

وقوله : (جَرَى لَفْظُ الْحَوَالَةِ) يقتضي أن الحوالة تفتقر إلى اللفظ ، وهو صحيح ، ففي «العتبية»^(١) عن ابن القاسم في المطلوب يذهب الطالب إلى غريم له فيأمره بالأخذ منه ويأمره الآخر بالدفع ، فيتقاضاه فيعطيه بعض الحق أو لا يعطيه شيئاً ؛ لأن للطالب أن يرجع على الأول ؛ لأنه يقول : ليس هذا حوالة بالحق ، وإنما أردت أن أكفيك التقاضي ، وإنما وجه التحول أن يقول : أحيلك بحقك على هذا وأبرأ إليك ، وكذلك أيضاً لو قال : خذ من هذا حقك وأنا بريء من دينك ، وما أشبه ذلك ، قاله في «البيان»^(٢) .

قال بعض الشيوخ : وكذلك لو قال : اتبع فلاناً بحقك على الحوالة فاختلف قول مالك إذا قال : اتبع فلاناً ، ولعله رأى في القول بأن ذلك حوالة أن قوله عليه الصلاة والسلام : « إذا أتبع أحدكم على مليء فليتبّع »^(٣) يدل على ذلك ، وهذا معنى ما ذكره في «البيان» .

فروع : إذا مات المحال عليه ، فقال المحال : أحلنتني على غير أصل دين فأرجع عليك ، وقال المحيل : بل على دين فالقول قول المحيل .

(١) « البيان والتحصيل » (٣٣٩/١١) .

(٢) « البيان والتحصيل » (٣٣٩/١١) .

(٣) تقدم تخريجه .

كتاب الضمان

الضَّمَانُ : شَغْلُ ذِمَّةِ أُخْرَى بِالْحَقِّ

هذا التعريف لصاحب «التلقين» (١)، وتصوره ظاهر ، وأورد عليه أنه غير جامع لخروج ضمان الوجه وضمن الطلب ، وأجيب بأن ضمان الوجه تشغل فيه ذمة أخرى على المشهور ، وأما على الشاذ فهو كضمان الطلب ، وإطلاق الضمان عليهما بالمجاز ، والعلاقة المشابهة .

فإن قيل : لا نسلم أن إطلاق الضمان عليهما بالمجاز بل بالحقيقة ، قيل : فيلزم حينئذ الاشتراك ؛ لأن الضمان حقيقة في ضمان المال ، ودعوى المجاز خير من دعوى الاشتراك ولو سلم فتكونان حقيقتين مختلفتين ، والحقيقتان لا يجتمعان في حد واحد ، ولما كان غير ضمان المال هو المقصود من هذا الباب حده المصنف .

وأورد أيضاً على جمعه أن الضمان كما يكون شغلاً للذمة ، فقد يكون شغلاً للذمتين فأكثر ، وأجيب بأن المراد بـ (ذِمَّةٌ أُخْرَى) الجنس .

وأورد أيضاً على منعه أن من باع رجلاً بدين ثم باع آخر بدين يصدق عليه الحد وليس بضمنان ، وأجيب بأن الظاهر أن (أل) في (الْحَقِّ) للعهد ، والمعهود الحق الذي في الذمة الأولى .

وأورد عليه أيضاً أن لفظ (الْحَقِّ) شامل للحق البدني والمالي ، وأجيب بأن الحقوق البدنية خارجة بقول : (شَغْلُ ذِمَّةِ أُخْرَى) لأن الذمم لا تشغل بالحقوق البدنية .
وأورد على منعه أنه لو اشترى سلعة وأشرك غيره فيها لشغل ذمة أخرى ، وكذلك لو ولاه ، وأجيب بأن الشاغل هنا مختلف ، فإن البائع شغل ذمة المشتري والمشتري شغل ذمة المولي والمشارك ، ورد بأن ليس في التعريف ذكر اتحاد الشاغل حتى يخرجهما .

وَأَرْكَانُهُ أَرْبَعَةٌ

وفي بعض النسخ (خمسة) .

ابن عبد السلام : إن عددت الصيغة ، وإلا فهي أربعة ، والأقرب أن الصيغة دليل على

(١) «التلقين» (٢/٤٤٤) .

الماهية التي الأركان أجزاءها ، والدليل غير المدلول ، انتهى .

وفي «الجواهر»^(١) أركانها خمسة ، وذلك يرجح أن المصنف قصد أن الصيغة ركن ؛ لأن الغالب أنه يتبعه ، ورجح ذلك أيضاً القياس على البيع ونحوه .

الْمَضْمُونُ عَنْهُ لَا يُشْتَرَطُ رِضَاهُ إِذْ يَجُوزُ أَنْ يُؤَدَّى بِغَيْرِ إِذْنِهِ

أي الركن الأول (الْمَضْمُونُ عَنْهُ) وهو الذي عليه الدين ، والفقهاء يخصصونه باسم الغريم - لا يشترط رضاه ، بل يجوز لغيره أن يضمن عنه الدين بغير رضاه .

واستدل المصنف على ذلك بقوله : (إِذْ يَجُوزُ أَنْ يُؤَدَّى بِغَيْرِ إِذْنِهِ) يعني وإذا جاز أن يؤدى عنه فالتزامه في الذمة أولى ، وإقرار سيدنا رسول الله ﷺ ضمان من ضمن الميت على ما رواه البخاري وغيره ، والرضا منه متعذر ، وفيه بحث .

أَمَّا لَوْ كَانَ بِغَيْرِ إِذْنِهِ مُضَاراً لِعَدَاوَةٍ وَشِبْهَهَا فَلَا يُمَكِّنُ مِنْهُ

أتى بأما المقتضية للتفصيل ؛ يعني أما ما تقدم من جواز الأداء من غير الرضا إنما هو مع عدم العداوة ، وأما لو قصد بذلك ضرر المديان لعداوة بينهما لم يكن من طلبه ورد قضاؤه .

وَفَهُمَ مِنْ قَوْلِهِ : (فَلَا يُمَكِّنُ) أنه يمكن في الوجه الأول من المطالبة ، ويحتمل قول المصنف (فَلَا يُمَكِّنُ مِنْهُ) أنه لا يمكن العدو من دفع الدين ابتداء ، والأول أولى ؛ لأن عدم التمكين من المطالبة مستلزم للمنع ابتداءً بخلاف العكس .

قال في «المدونة»^(٢) : ومن أدى عن رجل ديناً بغير أمره أو دفع عنه مهر زوجته جاز ذلك إن فعله رفقاً بالمطلوب ، وأما إن أراد الضرر بطلبه وإعناته وأراد سجنه لعدمه لعداوة بينه وبينه منع من ذلك ، وكذلك إن اشترت ديناً عليه تعيناً لم يجز البيع ورد إن علم بهذا ، وظاهرها عند ابن يونس وغيره أن قصد المشتري وحده الإضرار كافٍ في فسخ المعاوضة ، وكذلك قال بعض المتأخرين ، وقيل : لا بد أن يكون البائع عالماً بقصد المشتري الضرر ، وإلا لم يفسخ ، ويباع الدين على المشتري فيرتفع الضرر .

ابن يونس : وهو أظهر .

اللخمي : ويرد القضاء إذا صدر من عدو إلا أن يعنت الطالب بالمال فيقيم القاضي

(١) «الجواهر» (٢/٦٥٣) .

(٢) «المدونة» (٩/٣٢) .

وكيلاً ليقبض ذلك من الغريم .

وقوله : (وشبَّهها) أي شبه العداوة كمن عادته الضرر بالناس والتسلط عليهم .

وَلَوْ تَنَزَّاعًا فِي أَنَّهُ دَفَعَهُ مُحْتَسِبًا فَالْقَوْلُ قَوْلُ الدَّافِعِ إِلَّا بِقَرِينَةٍ

يعني : إذا ادعى رجل على آخر ديناً ثم قام الدافع يطلب المال وقال المدفوع عنه : إنما دفعت عني على وجه المعروف احتساباً ، فالقول قول الدافع ؛ لأن الأصل عدم خروج ملكه إلا على الوجه الذي قصده ، إلا أن تقوم قرينة تدل على كذب الدافع ، كما إذا دفع عن الميت المفلس ثم ظهر له مال لم يعلم به فطلب الرجوع .

ابن عبد السلام : إلا أن تقوم قرينة ، فينبغي أن يحلف الدافع حينئذٍ ويأخذ ما دفع .

وَلَا يَجُوزُ ضَمَانٌ بِجُعْلٍ

أي : لا يجوز للضامن أن يأخذ جعلاً ، سواء كان من رب الدين أو المديان أو غيرهما .

المازري : وللمنع علتان :

أولاهما : أن ذلك من بيعات الغرر ؛ لأن من اشترى سلعة وقال لرجل : تحمل عني بثمنها وهو مائة على أن أعطيك عشرة دنانير ، أو باع سلعة وقال الآخر : تحمل عني الدرك في ثمنها إن وقع الاستحقاق وأنا أعطيك عشرة لم يدر الحميل هل يفلس من تحمل عنه ، أو يغيب فيخسر مائة دينار ، ولم يأخذ إلا عشرة أو يسلم من الغرامة فيغرم العشرة؟ ثانيتهما : أنه دائر بين أمرين ممنوعين ؛ لأنه إن أدى الغريم كان له الجعل باطلاً ، وإن أدى الحميل ورجع به على المضمون صار كأنه سلف ما أدى وبيع ذلك الجعل ، فكان سلفاً بزيادة ملك ويرد الجعل .

ابن القاسم في «الموازية» و«الواضحة» : وإن علم بذلك الطالب سقطت الحماله ، وإلا ردَّ الجعل والحماله تامة ، وقاله مطرف وابن الماجشون وابن وهب وأصبغ .

وهذا إذا كان الفساد في الحماله ، أما إن كان الفساد في المتحمل به فكما لو أعطاه ديناراً في دينارين إلى شهر وتحمل له رجل بالدنانير فثلاثة أقوال :

الأول : لابن القاسم في «المدونة»^(١) و«العتبية» ، ورواه عن مالك وهو قول ابن عبد

(١) «المدونة» (٣٣/٩) .

الحكم أن الحمالة ساقطة ، ومثله في «الموازية» ؛ لأن فيها : وكل حمالة وقعت على حرام بين المتبايعين في أول أمرهما أو بعد فهي ساقطة ، ولا يلزم الحميل بها شيء علم المتبايعان أن ذلك حرام أو جهلاه ، علم الحامل بذلك أو جهله .

محمد : وسواء كان الفساد من عقد البيع أو سببه ، وهو قول أشهب أن الحمالة بالحرام أو بالأمر الفاسد باطلة ووجه هذا القول أن الذي تحمل به هذا الحميل وهو الثمن لما سقط عن المتحمل عنه لفساد البيع سقط عن الحميل .

القول الثاني : أن الحمالة لازمة على كل حال ، علم الحميل بفساد البيع أو لا ، وهو قول ابن القاسم في «العتبية» ، وقول غيره في «المدونة» وقول سحنون في «نوازل» ، ووجهه أن الكفيل هو الذي أدخل المتحمل له في دفع ماله للثقة به ، فعليه الأقل من قيمة السلعة أو الثمن الذي تحمل به .

الثالث : التفصيل بين علم الحميل بالفساد فعليه أو لا فلا شيء عليه ، وهو لابن القاسم في «العتبية» ، قال في الذي يعطي ديناراً في دينارين ويتحمل له رجل بالدينارين : إن كان علم علتها فعليه الدينار الذي أعطاه ، وإن لم يعلم فلا شيء عليه ؛ لأنه يقول : لو علمت لم أتحمّل ولم أدخل في الحرام ، وهذا الخلاف إنما هو إذا كانت الحمالة في أصل البيع الفاسد ، وأما إن كانت بعد عقده فهي ساقطة باتفاق .

تنبيه :

لا خلاف في ما ذكره المصنف من منع الضمان بالجعل إذا كان الجعل للحميل ، قاله اللخمي .

واختلف إذا كان رب الدين أعطى المديان شيئاً على إعطائه حميلاً ، فأجازه مالك وابن القاسم وأشهب وغيرهما ، وعن أشهب في «العتبية» : لا يصح ، وعنه أيضاً أنه كرهه .

اللخمي وغيره : والجواز آيين ، وهذا إن حل الدين .

اللخمي : ولو قال الحميل : أنا أتحمّل لك على أن تعطي لفلان - لغير الغريم - ديناراً ، لم يجز .

وقال أشهب في «الموازية» في من له على رجل عشرة دنانير إلى أجل فقال له قبل الأجل : هل لك أن أحط عنك دينارين وتعطيني بالثمانية رهناً أو حميلاً - : لا بأس به ، وقال ابن القاسم : لا يجوز .

للخمي : وإنما منعه ابن القاسم ؛ لأن الطالب إنما أخذ الحميل الآن خوفاً أن يعسر الغريم عند الأجل فيصبر إلى أن يوسر فإذا أعطاه حميلاً إلى أجل كان قد تعجل دينه قبل الوقت الذي يصير إليه إذا لم يعطه حميلاً ، فيصير بمنزلة من وضع بعض دينه لتعجيله قبل الأجل .

وَلِذَلِكَ أَمْتَعَّ أَنْ يَضْمَنَ أَحَدُهُمَا لِيَضْمَنَهُ الْآخَرُ .

أي : ولأجل امتناع الضمان بجعل امتنع ضمان شخص ليضمنه الآخر ؛ لأن كل واحد ضمن صاحبه بجعل ، وهو ضمان صاحبه له .

أَمَّا لَوْ اشْتَرِيَ سِلْعَةً بَيْنَهُمَا عَلَى السَّوَاءِ جَازَ لِلْعَمَلِ .

يعني : أن ما قدمه من منع ضمان أحدهما ليضمنه الآخر محمول على ما إذا لم يشتريا سلعة بينهما على السوية ، فإن هذه الصورة جائزة ، وإن كان يدخلها الضمان بجعل ، لكن جوزت لعمل الماضين .

ومفهوم قوله : (اشترى) أنه لو باع رجلان سلعة على أن كل واحد منهما حميل بالآخر لم يجز ، وهو قول ابن لبابة ، لكن قال ابن رشد : الصحيح خلافه ، فقد أجاز في السلم الثاني من «المدونة»^(١) أن يسلم إلى رجلين على أن كل واحد منهما حميل بالآخر ، ومنع في البيوع الفاسدة أن يبيع الرجلان سلعتيهما من رجل على أن كل واحد منهما حميل بالآخر وجعلها بعضهم اختلاف قول .

ابن رشد : والصواب خلافه ، والفرق بينهما أن مسألة البيوع الفاسدة لم تكن كل سلعة شركة بين المتبايعين ، ولذلك منع لأنه قد تستحق سلعة أحدهما ولا تستحق سلعة الآخر .

والفرق على قول ابن لبابة بين البيع والشراء أن المشتريين لو دفع البائع السلعة إلى أحدهما فيما عليه وعلى صاحبه جاز ، ولو دفع المشتري إلى أحد المتبايعين اللذين كل واحد منهما حميل بصاحبه جميع الثمن ، لم يجز .

ومفهوم قوله أنهما لو اقترضا على أن يكون كل واحد منهما ضامناً للآخر لم يجز ، وهو قول ابن الفخار ، وأجاز ذلك ابن أبي زمنين وابن العطار .

ابن عبد السلام : وهو الأصح عندي .

(١) «المدونة» (٧/٢٤٥) .

وقوله : (سَلْعَةٌ) أي فأكثر ، نص عليه ابن يونس في السلم الثاني .

وقوله : (عَلَى السَّوَاءِ) احترازاً عما لو كان لأحدهما الثلث وللآخر الثلثان ، وتحمل كل واحد منهما بما على الآخر أيضاً مما اشتريا ، فإنه يمتنع إلا أن يتحمل صاحب الثلث بمثل ما تحمّل به الآخر فإنه جائز ، نص عليه عبد الحق (١) .

وهذا يرد على المصنف ؛ لأن مفهوم كلامه المنع في هذه الصورة ، اللهم إلا أن يقال : إن قوله : (عَلَى السَّوَاءِ) راجع على الجمالة .

وَيَجُوزُ الضَّمَانُ عَنِ الْمَيْتِ .

لأنه معروف منه ، ولا خلاف فيه عندنا .

المضمون له .

هذا هو الركن الثاني والمضمون له هو رب الدين .

وفي بعض النسخ : (المضمون) فيعود على الدين ، وكل منهما لا تشتري معرفته كما نبه عليه المصنف بقوله .

وَلَا تُشْتَرَطُ مَعْرِفَتُهُ فَلَوْ تَحَمَّلَ دِينَ الْمَيْتِ وَطَرّاً غَرِيمٌ لَزِمَهُ .

وهو ظاهر التصور .

الضامن : شَرْطُهُ أَهْلِيَّةُ التَّبَرُّعِ ، فَيَصِحُّ ضَمَانُ الزَّوْجَةِ فِي الثُّلُثِ .

هذا هو الركن الثالث ، واشتري فيه أن يكون أهلاً للتبرع ؛ لأن الضمان قد يلزم منه تسليف الغريم ما في ذمته ، والسلف عقد معروف .

خليل : على أن الضمان عند أهل المذهب يكفي في الالتزام ممن حصلت له أهلية ، ولا يشترطون فيه الحياة من جانب آخر كما تشتري في غيره من أبواب المعروف ، وهكذا في «المدونة» (٢) .

ابن يونس : لأنها هبة للذي له الدين ، فلم يفتقر إلى القبض كحميل الصداق عن الزوج للزوجة لا يبطل بموت الحميل ، وحكى المازري في ذلك قولين في المذهب :

(١) « النكت والفروق » (١٧٧/٢) .

(٢) « المدونة » (٢٨١/١٣) .

أحدهما : أن عدم الحوز فيها كعدم الحوز في الهبة .

والثاني : أنه يخالفها لحق المتحمل له ، وخرج بأهلية التبرع الصبي وفاقد العقل والعبد والمريض فيما زاد على الثلث ، ومذهب «المدونة» جواز كفالته بالثلث ، وقال محمد : حمالة المريض جائزة ما لم يدخل على أهل دينه نقص بها ولا يكون المتحمل عنه مليئاً ، فإن كان مليئاً جازت بكل حال ، وقال عبد الملك : إن كان الغريم مليئاً لزمته الكفالة بالثلث ، وإن كان عديماً بطلت ولم تكن في الثلث ؛ إذ لم يرد بها الوصية ، وكذلك المرأة ذات الزوج فيما زاد على ثلثها إلا أن يجيزه الزوج ، وأما في الثلث فيصح لأنها أهل للتبرع فيه .

وإلى هذا أشار بقوله : (فَيَصِحُّ ضَمَانُ الزَّوْجَةِ فِي الثُّلْثِ) ، يريد وما زاد عليه يسيراً كالدينار ولا خلاف في منعها فيما زاد على الثلث إذا كان الغريم معسراً ، وأما إذا كان موسراً فقال اللخمي : منعه ابن القاسم ، وأجازه ابن الماجشون ، وهو أشبه ؛ لأن الغالب السلامة ، ونبه المصنف على ذات الزوج ؛ لأنه قد يتوهم الجواز فيها مطلقاً لكونها لا تؤدي شيئاً في الحال .

تنبيه :

لا إشكال في أن منع الزوجة من الحمالة فيما زاد على ثلثها إنما هو لحق الزوج ، فلذلك إذا ضمنته هو جاز وإن استغرق مالها ، فإن ادعت أنه أكرهها على أن تحملت له أو عنه لم يقبل منها إلا ببينة عند ابن القاسم ، ووافقته أشهب في الحوالة لها به ، وألحق بالبينة إذا كان المتحمل له عالماً بأن زوجها أكرهها ، قال : فإن أنكر المتحمل له العلم فعليه اليمين إن ظن به ذلك كالجار القريب والنسب ، وقال فيما إذا ادعت أنه أكرهها على أن تحملت له : إن عرف بالإساءة لها وقهرها فالقول قولها ، ورأى أن هذه قرينة حال تشهد بصدقها .

محمد بن عبد الحكم : وإن تكلفت ذات زوج برجل آخر على أن لا مال عليها فلزوجها رد ذلك ؛ لأنه يقول : تحبس وأمنع منها ، وتخرج للخصومة وليس ذلك علي .

وَإِذَا رَدَّ السَّيِّدُ ضَمَانَ الْعَبْدِ أَوْ الْمُدَبِّرِ أَوْ أُمَّ الْوَالِدِ لَمْ يَتَّبِعْ بِهِ إِذَا عَتَقَ .

دل كلامه على أنهم ليس لهم أن يضمّنوا ابتداء من غير إذن السيد لحقه ، ودل أيضاً على أن ضمانهم موقوف ، وأن للسيد إجازته ورده .

وقوله : (رَدٌّ) محمول على مجرد عدم الإجازة ، وأما لو أسقط ذلك عنهم لما لزمهم شيء بعد كسائر عطاياهم ، نص عليه في «المدونة»^(١) ، ومذهبها جواز ضمان المكاتب بإذن السيد ، وقال غيره فيها : لا يجوز ، والمشهور : ليس له أن يضمن بغير إذنه خلافاً لابن الماجشون .

وليس للسيد أن يجبر عبده على الضمان على المشهور ، وجعل في «المدونة» في باب الكفالة رد السيد رد إبطال ، وفي الاعتكاف ما يدل على أنه رد إيقاف ؛ لأن فيه إن نذر عبداً عكوفاً فمنعه سيده لزمه ذلك إن عتق ، وكذلك المشي والصدقة إذا نذر ذلك فلسيده منعه ، فإن عتق يوماً لزمه ما نذر من مشي أو صدقة إن بقي ماله ذلك بيده ، فرأى بعض الأندلسيين أنه اختلاف قول ، وقال بعض القرويين : معنى قوله : (إن بقي ماله ذلك بيده) أى المال الذي نذر فيه لا الشيء المتصدق به بعينه ، وقال ما في الاعتكاف منع ولم يرد ، والذي في النذور رد ، ولا خلاف أن رد الغرماء رد إيقاف ولا يستلزم الإذن في التجارة الإذن في الحملالة على مذهب «المدونة» خلافاً لابن الماجشون ، وعلل القاضي إسماعيل قوله بأن في تحمله استئثافاً لمن يعامله ويتحمل عنه .

وَلَمَّا مَضْمُونٌ لَهُ مُطَالِبَةٌ مِّنْ شَاءٍ ، وَفِيهَا : لَا يُطَالَبُ الْكَفِيلَ وَالْأَصْلُ حَاضِرٌ مِّلِيٌّ لِّكِنِّ إِذَا غَابَ أَوْ فَلَيسَ ، وَرَأَهُ كَالرَّهْنِ ، وَقِيلَ : إِنْ كَانَ مِلْطَاطًا

الجوهري^(٢) : يقال لطف الرجل إذا اشتد في الأمر والخصومة ، وقال قلبه : لطفه ؛ أي حجره ، وهذان القولان لمالك في «المدونة»^(٣) وغيرها كان أولاً يقول : له أن يأخذ من شاء منهما ، ثم رجع إلى أنه لا يطالب الضامن والأصل حاضر مليء ، وبه أخذ ابن القاسم .

ابن رشد : وهي الرواية المشهورة .

ولعل المصنف نسبها «للمدونة» دون غيرها ليعين أنها المشهورة .

وقوله : (لَكِنِّ إِذَا غَابَ أَوْ فَلَيسَ) راجع إلى قوله : (حَاضِرٌ مِّلِيٌّ) الأول للأول والثاني للثاني ، وألحق في «المدونة» بالفلس المديان إذا خشي رب الدين إذا قام عليه المحاصة .

(١) «المدونة» (٧/٢٧٠) .

(٢) «الصحاح» (٢/١٤٠) .

(٣) «المدونة» (٧/٢٧٠) .

وقوله : (وَرَأَهُ كَالرَّهْنِ) توجيه للمرجوع إليه ، وهو لصاحب «النكت» ؛ أي أن الحميل لما كان يدخل للتوثقة شابه الرهن ، فكما أنه لا سبيل للرهن إلا عند عدم المطلوب ، فكذلك لا سبيل إلى الكفيل إلا عند عدم المطلوب .

والضمير في (رأه) عائد على مالكة ، والهاء عائدة على الحميل .

قال جماعة : ومنشأ الخلاف قوله ﷺ : «الزعيم غارم» هل يقتضي العموم لأنه لم يفصل ، أو هو مجمل ؟

وفي قوله : «غارم» إشارة إلى أنه إنما يغرم ما قد صار في حيز التلف ، بأن يكون الغريم فقيراً أو ممتنعاً .

وفي قول المصنف : (لَكِنْ إِذَا غَابَ) إطلاق يقيد بما إذا لم يكن للغائب مال حاضر ، ففي «المدونة» : وأما إن كان للغائب مال حاضر يُعدى فيه فلا يتبع الكفيل ، قال غيره : إلا أن يكون في تثبيت ذلك ، وفي النظر فيه بعد فيؤخذ من الحميل .

ابن رشد في «الأسئلة» : وهو تفسير لا خلاف ، كذا حمله من أدركنا من الشيوخ ، وبه جرى العمل .

وقوله : (مَلْطَاطَاً) وقد تقدم قول الجوهري : أَلَطَّ الرجل إذا انتشب في الأمر والخصومة ، وقال قبل ذلك : لَطَطْتُ حقه إذا جحدته ، والأول أقرب إلى مراد المصنف .

ابن راشد : وهذا لا ينبغي عدهً خلافاً ، بل هو جارٍ على المشهور ، وكذلك ذكره غيره قال : وإذا فرعنا على الرواية المشهورة : وطلب الغريم فوجده عديماً أو غائباً موسراً أو فقيراً أو حاضراً مديناً فخاف الطالب إن قام عليه الحصاص أو يكون حاضراً مُلداً فله طلب الحميل .

فروع مرتبة على المشهور :

أولها : لو قام الطالب على الحميل فقال الحميل : الغريم مليء ، وقال الطالب : بل هو عديم ، ففي «المقدمات»^(١) : اختلف هل القول للطالب ويغرم الحميل إلا أن يقيم الحميل بينة بملاء الغريم وهو قول سحنون في «نوازل» ، أو القول للحميل إلا أن يقيم الطالب بينة بعدم الغريم ، وهو ظاهر ما في سماع سحنون في كتاب النكاح أن الغريم محمول على اليسر ، وذكر ابن زرقون القولين عن ابن القاسم ، والأظهر هو الثاني .

(١) «المقدمات» (٧٣/٢) .

الثاني : لو اشترط الطالب أن يبدأ بأيهما أحب فاختلف قول مالك وابن القاسم هل يوفي بالشرط أم لا ؟ ففي «المقدمات» (١) و «البيان» (٢) : المشهور عن ابن القاسم في «المدونة» وغيرها أن الشرط عامل ، وبعدمه أخذ أشهب وابن كنانة وابن الماجشون .

الثالث : لو اشترط البداية بالحميل .

المازري : فإن كان في ذلك الشرط منفعة لمشرطه لكونه أملاً أو أسمح قضاء أو أيسر وجب الوفاء بشرطه ، وإن لم تظهر المنفعة جرى على الخلاف في الوفاء بما لا يفيد ، وفيه قولان .

وعمم صاحب «البيان» الخلاف سواء ظهر للشرط فائدة أو لا ، إلا أنه زاد ثالثاً بإعمال الشرط في المضيء المطالبة وفي ذي سلطان ، نسبة لابن القاسم ، ورابعها : بإعمال الشرط مطلقاً ، إن كان في أصل البيع وإن كان بعد البيع نفعه في سيء القضاء وفي ذي السلطان ، قال : وهو أيضاً لابن القاسم .

الرابع : لو شرط الحميل ألا يرجع عليه إلا بعد تعذر الوفاء من الغريم لم يختلف في إعمال الشرط ، وألحق المازري بذلك إذا كانت العادة عدم مطالبة الضامن إلا بعد تعذر الوفاء من الغريم .

وَمَهْمَا أBRَأَ الْأَصْلُ BRَى الْفَرْعُ بِخِلَافِ الْعَكْسِ .

أي : ومهما أبرأ الأصل برى الفرع بخلاف العكس . أي الغريم (برى) أي الضامن ؛ لأن طلب الحميل فرع بشبوت الدين عن الغريم ، فإذا ارتفع الأصل ارتفع الفرع ، وهكذا قال الباجي وابن شاس (٣) وغيرهما ، فإن قيل : هو خلاف ما وقع لمالك في «الموازية» و «العتبية» ؛ لأن في «الموازية» من رواية أشهب في من باع سلعة وأخذ حميلاً وكتب عليهما أيهما شاء أخذه بحقه ، فمات الغريم فبيعت جميع تركته فاستوفى ثلثى حقه ، ثم سأله الورثة أن يحلل الميت مما بقي ففعل ، فقال الحميل : لا شيء لك عليّ لأنك حللت الغريم ، قال مالك : يحلف ما وضع إلا للميت وهو على حقه ، وفي «العتبية» في من له حقان حق بالحمالة وحق بغيرها ، وكتب في الحمالة أيهما شاء أخذه بحقه ، ثم مات الغريم واستوفى الطالب

(١) «المقدمات» (٧٣/٢) .

(٢) «البيان والتحصيل» (٣٤١/١١) .

(٣) «الجواهر» (٦٥٣/٢) .

ثلثي حقه ، وسأله الورثة أن يحلله ففعل ثم طلب الحميل ، فقال الحميل : ليس لك قبلي شيء ، فقال مالك : أرى أن يكون الذي أوصل إليه من مال الميت بين المستحقين بالحصص ، ويحلف بالله ما وضعت إلا للميت ، ثم تكون على الحميل حصته من ذلك الدين .

قيل : قد أنكر جماعة من الشيوخ هاتين المسألتين ، أما الأولى فقال ابن المواز : فيها شيء ، وقال في موضع آخر : فيه نظر ، وكذلك أيضاً استشكلها ابن يونس وقال : إنما يتوجه الغرم على الحميل إذا كان الحق ثابتاً على الغريم فإذا سقط عنه أو بعضه سقط عن الحميل ، كما لو أدى الغريم الحق أو بعضه .

ابن راشد : وما قاله ابن يونس هو الصواب ، وكذلك استشكل في «البيان» مسألة «العتبية» نحو ما ذكر ابن يونس ، قال : ورأيت لابن دحون في هذه المسألة أنه قال : إنما لزمه اليمين من أجل الدين الذي كان له بغير حمالة فيحلف أنه ما حلله إلا من دينه الذي كان له بغير حمالة ، ولو كان الدين كله بحمالة لم يكن له تبع على الحميل ، قال : وهو تأويل تصح به المسألة ، فينبغي أن تحمل عليه ، وإن كان بعيداً عن لفظها .

ابن عبد السلام : ومسألة «الموازية» لا تقبل هذا التأويل .

وأجاب المازري عن الإشكال الوارد عن المسألتين بأن الناس يعتقدون أن من له الدين يطالب من هو عليه في الآخرة : ويؤيد اعتقادهم هذا قوله ﷺ : «نفس المؤمن معلقة بدينه حتى يقضى عنه» فأشار إلى أحكام الآخرة ، وإن مات وعليه دين كان الأمر فيه هكذا ، وامتنع النبي ﷺ من الصلاة عليه حتى يقضى عنه دينه ، كما ورد في الحديث .

وإذا تقرر هذا وأمكن أن يريد رب الدين - لما سئل أن يحلل الميت المديان - بتحليله ألا يطالبه في الآخرة ، وإسقاط إثم المظل عنه إن كان مظه ، فهذا مما يختص بالغريم دون الحميل فيحلف من له الدين أنه لم يرد إلا اتباعه في الآخرة ويبقى الحميل مطلوباً بما تحمل به ، ولا يسقط عنه بالشك ما كان عليه باليقين ، فلما رأى المصنف وابن شاس ما في هاتين الروايتين من الإشكال تبعاً في ذلك ما ذكره الباجي وغيره من الشيوخ ، على أنه يمكن الجمع بينهما بأن يحمل ما ذكره الباجي وابن شاس والمصنف على الغريم الحي ، وما في الروايتين على الغريم الميت ، ولا يبقى في المسألة خلاف ، وهو الذي يؤخذ من تعليل المازري .

ويحتمل أن يحمل ما ذكره الباجي على ما إذا لم يشترط رب الدين أن يأخذ أيهما شاء ، بخلاف مسألة «العتبية» و «الموازية» ، فإنه نص فيهما على الاشتراط ، وهذا هو الذي يؤخذ من كلام الباجي ؛ لأنه قال : إذا وهب الطالب حقه للغريم برئ الحميل ولو وهب الحق للحميل لم يبرأ الغريم ، وعليه أن يؤدي للمتحمّل له ثم قال :

فرع :

ومن أخذ حميلاً بثمن سلعة على أن يأخذ أيهما شاء بحقه ، فمات الغريم فحلله الطالب ، وذكر الروايتين .

قوله : (بِخِلَافِ الْعَكْسِ) أي فلا يلزم من براءة الحميل براءة الأصل ، وهكذا في «المدونة» .

فرع :

فإن غاب الغريم وغرم الحميل ، ثم قدم الغريم فأثبت أنه كان دفع ، ففي «الموازية» : ينظر فإذا دفع الحميل الحق قبل الغريم وبعد الأجل فله الرجوع على الغريم ؛ لأن دفعه كان بحق ، ويرجع الغريم بما دفع على صاحب الحق ، وإن كان الغريم قد دفع قبل الحميل فلا تباعة للحميل عليه ، ويرجع الحميل على صاحب الحق بما دفعه إليه ، وإن جهل أمرهما لم يتبع الحميل إلا من دفع إليه إلا أن تكون له بينة أنه الدافع أولاً ، أو بقضاء من سلطان بعد أن يحلف الغريم أنه الدافع قبل ، فإن نكل حلف الحميل فأغرم الغريم ، فإن نكلا جميعاً لم يكن على الغريم شيء .

وَلَا يُطَالَبُ الضَّامِنُ بِمَوْجَلٍ بَعْدَ مَوْتِ الْمَضْمُونِ إِلَّا بَعْدَ اسْتِحْقَاقِهِ .

يعني : إذا مات المضمون قبل حلول أجل الدين ، فلا يطالب الضامن بالدين إلا بعد

الأجل .

وهذا معنى قوله : (بَعْدَ اسْتِحْقَاقِهِ) لأنه لا يلزم من حلول الدين على الغريم حلوله على الحميل لبقاء الذمة ، وحكى ابن رشد الاتفاق عليه .

وفي بعض النسخ (ولو مات الأصل تعجله من ماله) ، فإن لم يترك وفاء لم يطلب الكفيل بموَجَلٍ بعد موت المطلوب إلا بعد استحقاقه ، وهي ظاهرة .

ابن القاسم في «المدونة» (١): وإن مات الغريم مليئاً والطالب وارثه برئ الحميل ؛ لأنه إن غرم للطالب شيئاً رجع عليه بمثله في تركة الميت ، والتركة في يده فصار كمقاصة ، فإن مات الغريم معدماً ضمن الكفيل .

وَلِلْمَضْمُونِ لَهُ طَلَبُ تَرْكَةِ الضَّامِنِ وَيَرْجِعُ وَرَثَتُهُ عَلَى الْمَضْمُونِ بَعْدَ اسْتِحْقَاقِهِ ، وَقِيلَ : يُوقَفُ إِلَى الْأَجْلِ فَإِنْ لَمْ يَكُنِ الْأَصْلُ مَلِيئاً أَخَذَهُ الْغَرِيمُ ، قَالَ يَحْيَى : هَذِهِ رَوَايَةٌ سَوْءٌ ...

لما تكلم على موت المضمون قبل الأجل تكلم على موت الضامن قبله ؛ يعني : وإن مات الضامن قبل الأجل فَلِلْمَضْمُونِ لَهُ - أى رب الدين - تعجيل الحق من ورثة الضامن .

قال في «المدونة» (٢): ولو كان الغريم حاضراً مليئاً وله أن يحاخص غرماءه ويرجع إذا أخذ رب الدين الحق من تركة الضامن - ورثة الضامن - على المضمون أي الغريم بعد استحقاقه الدين .

وقوله : (وقيل) هذا القول رواه ابن وهب وقاله عبد الملك ، وإنما قال يحيى : هذه رواية سوء لأنه حجر المال من غير فائدة حصلت لورثة الحميل ولا لرب الدين ، وقد يهلك فلا يحسن أن يجعل ضمانه من واحد منهما .

خليل : ويظهر أن الوارث لو رضى بإيقافه ، وقال : إن تلف كان ضمانه مني لأخاصم عند الأجل أن يكون القول قوله ، وإليه أشار ابن راشد وجعل عبد الوهاب رواية ابن القاسم مبنية أن للطالب أن يطالب أيهما شاء ، ورواية ابن وهب على أن لا يطالب الضامن إلا في غيبة الغريم أو عدمه ، وأنكر ذلك ابن يونس وغيره ، ورأى أن الخلاف هنا مبني على الرواية بعدم مطالبة الضامن إلا من بعد تعذر الأصل ؛ لأن ابن القاسم ممن قال : لا يطالب الضامن إلا في غيبة الغريم أو عدمه ، فكيف يفرع على غيره ، وهذا هو الأقرب ، وحكى اللخمي والمازري عن ابن نافع قولاً ثالثاً بالفرق ، فإن كانت تركة الحميل مأمونة واسعة لم يؤخذ الدين منها معجلاً ولا موقوفاً وإلا وقف الدين لتخليصه عند الطلب .

تنبيه : هذا حكم ضامن المال ؛ لأن كلام المصنف إنما هو فيه ، وأما ضامن الوجه فسيأتي .

(١) «المدونة» (١٣/٢٥٤).

(٢) «المدونة» (١١/٣٦٦).

وَلِلضَّامِنِ الْمُطَالَبَةُ بِتَخْلِيصِهِ عِنْدَ الطَّلَبِ .

قال في «الجواهر»^(١): إن للكفيل إجبار الأصل على تخليصه إذا طولب وليس له ذلك قبل أن يطالب ، وعلى هذا فيكون معنى قول المصنف : (عِنْدَ الطَّلَبِ) أي طلب الكفيل ، وهذا إنما يأتي على قول مالك المرجوع عنه .

وقال ابن عبد السلام : يعني أن ربَّ الدين إذا توجهَّ له الطلب فسكت عنه أو نص على تأخيره فللحميل ألا يرضى بذلك التأخير ، ويقول لرب الدين : إما أن تطلب حَقَّك وإلا أسقط عني الحمالة ، وهذا مقيد بما إذا كان الغريم موسراً ، وأما المعسر فلا كلام له .
وحمل كلام المصنف على هذا أحسن ؛ لأنه المتبادر إلى الفهم .

فروع : فإن أحر رب الدين الغريم بعد الأجل ففي «البيان» : تحصيل المسألة أن المطلوب إذا أخره الطالب فلا يخلو إما أن يكون مليوناً أو معدماً ، فإن كان معدماً فلا كلام للحميل باتفاق ، وإن كان مليوناً فلا يخلو من ثلاثة أوجه :

الأول : أن يعلم فينكر .

والثاني : أن يعلم فيسكت .

والثالث : أن يعلم حتى يحل الأجل الذي أنظره إليه .

فالأول لا يلزمه تأخير الطلب ، ويقال له : إما أن تسقط الكفالة وإلا فاحلف أنك ما أخرته إلا على أن يبقى الكفيل على كفالته ، فإن حلف لم يلزمه التأخير ، والكفالة ثابتة على كل حال ، هذا مذهب ابن القاسم في «المدونة» ، وإن كان سكت فيها عن اليمين ، وقال غيره في «المدونة»^(٢) : الكفالة ساقطة على كل حال ، وقيل : إنها لازمة بكل حال .

خليل : انظر هذا فإن الظاهر أنه كالقول الأول ، وأما إن علم بذلك فسكت حتى يحل الأجل فالكفالة لازمة قاله في «المدونة» ، ويدخله الخلاف المعلوم في السكوت ، هل هو كالإقرار أم لا ؟ وأما إن لم يعلم بذلك حتى حل الأجل فيحلف صاحب الحق ما أخره لئيراً الحميل من حمالته وتلزمه الحمالة ، فإن نكل عن اليمين سقطت الحمالة ، وهذا كله

(١) «الجواهر» (٢/٦٥٤).

(٢) «المدونة» (١١/٣٦٦).

في التأخير الكثير ، وأما السير فلا حجة للكفيل فيه ، انتهى .

قال في «المدونة»^(١) : وإذا أخرج الطالب الحميل بعد محل الحق فذلك تأخير للغريم ، إلا أن يحلف ما كان ذلك تأخيراً للغريم ، فيكون له طلبه ؛ لأنه لو وضع الحمالة كان له طلب الغريم إن قال : وضعت الحمالة دون الحق ، وإن نكل لزمه تأخيره .

تنبيه : وقع في بعض النسخ بإثر هذه المسألة ما نصه :

ولا يلزم تسليم المال للحميل ليؤديه ؛ إذ لو هلك لكان من الأصل .

ونحوه في «الجواهر»^(٢) و «المدونة» في السلم الثاني ، إلا أن في قول المصنف : (إذ لو هلك لكان من الأصل) إطلاقاً يبينه ما في «المدونة» ، وإذا دفع الغريم الحق إلى الكفيل فضع فإن كان على الاقتضاء ضمنه الكفيل قامت بهلاكه بينة أم لا ، عيناً كان أو عرضاً أو حيواناً ؛ لأنه متعد ، وإن كان على الرسالة لم يضمنه ، وهو من الغريم حتى يصل إلى الطالب .

ويحتمل أن يريد المصنف بقوله : (لكان من الأصل) أن لصاحب الدين أن يطلبه من الغريم ، ويرجع به الغريم على الكفيل إن أخذه على الاقتضاء .

وَيَرْجِعُ إِذَا أَدَّى بِيْنَةٍ أَوْ بِإِقْرَارِ الْمَضْمُونِ لَهُ ، وَلَا يُقِيدُ إِقْرَارُ الْمَضْمُونِ عَنْهُ .

أي : ويرجع الضامن إذا أدى عن الغريم بشرط أن تشهد بينة بمعاينة الدفع للطالب ، أو يقر الطالب بالقبض ، وهو مراده بقوله : (بإقرار المضمون له) وهو الطالب ؛ لأن الحق سقط بهذين الوجهين ، وأما إقرار المضمون عنه أنه دفع للطالب فذكر المصنف أنه لا يقبل ؛ لأن الحق لا يسقط عن الغريم ومن حجته أن يقول للضامن : أنت فرطت بترك الإشهاد ، ولا أعلم في ذلك خلافاً إذا أدى الضامن للمضمون له بغير حضرة الغريم ، وأما بحضرتة فلاين القاسم في سماع عيسى أنه لا يرجع لتقصيره في ترك الإشهاد ، وله في سماع أبي زيد أنه يرجع ؛ لأن التقصير كان من الغريم ؛ لأن الحميل أداها عنه بحضرتة .

ابن رشد : والأول أظهر ؛ لأن المال للضامن فهو أحق بالإشهاد على دفعه .

(١) «تهذيب المدونة» (٣/٢٧٠).

(٢) «الجواهر» (٣/٦٥٤).

فرع:

ويرجع بمثل ما أدى إذا كان مثليا ، واختلف إذا تكفل بعرض وأداه فالمشهور وهو قول ابن القاسم وأشهب : يرجع بمثله لأنه سلف ؛ وفي سماع أبي زيد أن المطلوب مخير إن شاء دفع مثله ، وإن شاء دفع قيمته ، وفي «الواضحة» أنه لا يغرم إلا مثله ، قال في «البيان»^(١) : ولا خلاف أنه اشترى العرض أنه يرجع بمثله الذي اشتراه به ما لم يحاب فلا يرجع بالزيادة .

وَإِذَا صَلَحَ الضَّامِنُ رَجَعَ بِالْأَقْلِّ مِنَ الدَّيْنِ أَوْ الْقِيَمَةِ .

لما ذكر حكم الضامن إذا أدى مثل الدين وأنه يرجع به ذكر إذا أدى غيره .

وقوله : (صالح) يريد بمقوم ، بدليل قوله : (رَجَعَ بِالْأَقْلِّ مِنَ الدَّيْنِ أَوْ الْقِيَمَةِ) .

ويُفهم من كلامه جواز المصالحة ابتداءً ، وفي ذلك ثلاثة أقوال : الجواز مطلقاً ؛ لأنه مكارمة ، ولأنه دخل على أن الغريم بالخيار إن شاء دفع ما عليه ، وإن شاء دفع قيمة ما أعطى أو مثله إن كان مثليا .

والمنع مطلقاً ؛ لأنه أخرج من يده شيئاً لا يدري أيأخذ قيمته أو ذلك الدين ، فهو بيع بضمن مجهول .

والترفة ، فإن صالح عنه بمثلي امتنع ، وبمقوم جاز ، واختلف قوله في «المدونة»^(٢) :

(إذا صالح بمثلي مخالف لجنس الدين) فمنعه في السلم الثاني ، وأجازه في الكفالة .

ابن عبد السلام : وهو أقرب ؛ لأن الباب معروف ، وحكى ابن رشد رابعاً بالجواز فيما تجوز فيه النسبة في المبيعة ، والمنع فيما لا تجوز فيه ، كأن يؤدي دنانير عدة عن دراهم أو تمراً عن قمح .

الباجي^(٣) : وإلى منع المصالحة بالدنانير عن الدراهم وبالعكس رجع ابن القاسم وأشهب وأصحابهما .

محمد : لأنه يدخله الصرف بخيار ، قال : وعلى القول بمنع المصالحة يرجع على

(١) «البيان والتحصيل» (٢/٣٨١) .

(٢) «المدونة» (١١/٣٦٦) .

(٣) «المنتقى» (٧/٤٨٧) .

الطالب بما دفع إليه ، وعلى الجواز فقيل : يرجع الكفيل على المطلوب المتحمل عنه بما تحمل عنه به ، وقيل : يخير المتحمل عنه ، فإن شاء أغرمه ما غرم عنه ، وإن شاء غرم الذي كان عليه والقولان قائمان من «المدونة» .

فإن قيل : فما وجه القول بالفرق بين المقوم والمثلي ؟ قيل : لأن المقوم لما كان يرجع فيه إلى القيمة ، وهي من جنس الدين ، والحميل يعرف قيمة سلعته فقد دخل على القيمة إن كانت أقل من الدين ، وإن كانت أكثر فقد دخلا على أخذ الدين وهبة الزيادة ، بخلاف المثلي ؛ لأنه من غير جنس الدين فلا يعرف فيه الأقل والأكثر ؛ لأن الأقل والأكثر لا بد أن يشتركا في الجنس والصفة ، فكانت الجهالة في المثلي أقوى ، قال جماعة : ولا خلاف في الجواز إذا دفع من الصنف الذي على المديان ، ولكن أدنى منه أو أجود ؛ إذ لا يشك أحد أن الدافع لا يختار إلا الأنحف .

وعرضت بقوله في «المدونة»^(١) فيمن أمر رجلاً يشتري له سلعة بالعين ولم يدفع إليه شيئاً ، فاشتراها بغير العين : أن الأمر مخير في ترك ما اشتراه ، ولا إشكال أن يدفع للمأمور ما ودى عنه ، وكان ينبغي إن رضي بالشراء أن يدفع له الأقل مما أمر به أو قيمة ما اشترى به بجماع أن كل واحد من الوكيل والكفيل فعل غير ما أمر به لقصد المعروف ، وتردد بعضهم في صحة هذه المعارضة ، وفي الفرق بأن المأمور مأذون له في السلف ؛ لأن الفرض أن الأمر لم يعطه شيئاً ، فإذا أمضى الأمر فعله فإنما أمضاه على الوجه الذي فعله وهو السلف ، وأما الكفيل فلم يؤذن له في شيء بوجه ، وإنما قصد هو من جهة نفسه التطوع ، فلا يكون على الغريم إلا الأقل .

واعلم أن الضامن ينتزل منزلة الغريم ؛ فما جاز للغريم أن يدفعه عوضاً عما عليه جاز للضامن ، وما ليس فليس ، فلو ضمنه في عروض عليه من سلم لم يجز له أن يصلح عنها قبل الأجل بأدنى صفة أو قدرأ ؛ لثلا يدخله : (ضع وتعجل) ، ولا بأكثر ؛ لثلا يدخله : (حط الضمان عني وأزيدك) ، وأجازوا أن يصلح بعد الأجل بدنانير طيبة عن دنانير أدنى منها ؛ لأنه يعلم أن الغريم لا يعطي إلا الدنية ، وكذلك العكس ؛ لأنه يعلم أن الغريم لا يدفع إلا الذي عليه .

المازري : لكن لم يطرد هذا في «المدونة» في الطعام من السلم ، فإنه منع الكفيل أن

(١) «المدونة» (٥١/٩).

يصالح من له الدين إذا حل الأجل بطعام أجود مما تحمل به أو طعام أدنى منه ، وإن فعل ذلك قضى عن الغريم لا ليشتريه لنفسه .

وعلى ذلك بأنه بيع الطعام قبل قبضه لأجل ما يكون لمن عليه الدين من الخيار في أن يدفع مثل ما دفعه الكتيل أو الدين الذي عليه ، والمسألة تحتمل من التفريع أكثر من هذا ، لكن تركنا ذلك لمحاذاة كلام المصنف .

وَضَابِطُ تَرَاجُعِ الْحُمَلَاءِ أَنْ مَنْ غَرِمَ أَخَذَ مَنْ يَلْقَاهُ بِمَا آدَى عَنْهُ مِنْ حِصَّتِهِ مِنَ الدَّيْنِ ثُمَّ يَنْصِفُ مَا آدَاهُ عَنْ غَيْرِهِ بِسَبَبِ الْحَمَالَةِ لِأَنَّهُ شَرِيكٌ ، وَيَتَرَاجَعُونَ

لما كان الحميل قد يتحد وقد يتعدد وكان الحكم في الواحد يؤخذ بما تقدم ، أخذ في بيان المتعدد وذكر له ضابطاً مثاله : لو اشترى ثلاثة سلعة بثلاثمائة ، وتحمل كل منهم بصاحبه فإذا لقي البائع أحدهم أخذ منه الجميع مائة بطريق الأصالة ، وبماتتين عن صاحبيه بطريق الحمالة ، ثم إن لقي هذا الدافع أحدهما أخذ منه مائة ؛ لأنه آداها عنه وخمسين نصف الثلث الباقي من الحق ؛ لأنه كان آداها عن الغريم الثالث ، وهما معاً حميلان فيتساويان فيها ، فمن لقيه منهما أخذ منه الخمسين لأنه شريكه ؛ أي من الحمالة .

وَيُظْهِرُ بِمَسْأَلَةِ «الْمُدُونَةِ» إِذَا اشْتَرَى سِتَّةَ نَفَرٍ سَلْعَةً بِسِتْمِائَةِ دَرَاهِمٍ بِالْحَمَالَةِ فَلَقِيَ الْبَائِعَ أَحَدَهُمْ فَأَخَذَ مِنْهُ الْجَمِيعَ ، فَإِنْ لَقِيَ الْغَارِمَ أَحَدَهُمْ أَخَذَهُ بِمِائَةٍ عَنْ حِصَّتِهِ مِنَ الدَّيْنِ وَبِمَاتَتَيْنِ نِصْفَ مَا بَقِيَ مِنَ الْحَمَالَةِ ، فَإِنْ لَقِيَ أَحَدَهُمَا ثَالِثًا أَخَذَهُ بِخَمْسِينَ وَبِخَمْسَةِ وَسَبْعِينَ فَإِنْ لَقِيَ الثَّلَاثَ رَابِعًا أَخَذَهُ بِخَمْسَةِ وَعَشْرِينَ وَخَمْسَةَ وَعَشْرِينَ ثُمَّ إِنْ لَقِيَ الرَّابِعَ الْخَامِسَ ، أَخَذَهُ بِأَثْنَيْ عَشَرَ وَنِصْفٍ وَسِتَّةٍ وَرُبْعٍ إِلَى أَنْ يَلْقَى الْخَامِسَ السَّادِسَ فَيَأْخُذُ مِنْهُ سِتَّةَ وَرُبْعًا لِأَنَّهُ آدَاهَا عَنْهُ وَحْدَهُ

(بِالْحَمَالَةِ) أي على أن بعضهم حميل عن بعض بجميع المال ، فإذا لقي الطالب أحدهم أخذه بستمائة عليه منها مائة ، والخمسمائة الباقية بطريق الحمالة ، فإذا لقي الغريم أحد الخمسة لم يكن له طلب بالمائة التي دفعها عن نفسه ، وهكذا كل من دفع عن نفسه شيئاً لا رجوع له به ، تبقى له خمسمائة ، منها مائة على هذا الثاني ، فيأخذها منه تبقى أربعمائة ، فيقول له : ادفع لي نصفها ماتتين لأنك شريكي في الحمالة ، فإذا لقي أحد هذين ثالثاً أخذه بخمسين وخمسة وسبعين ؛ لأنه دفع ثلاثمائة مائة عن نفسه لا رجوع له

بها ، ومائتين عن هذا الثالث ، وعن الثلاثة الباقيين ينوبه منها خمسون فإذا قبضها منه قال : بقيت لي مائة وخمسون عن الثلاثة الباقيين وأنت شريكي فيها ، فإن لقي الذي دفع خمسين وخمسة وسبعين رابعاً فالخمسون لا رجوع له بها لأنها عنه ، وقد أدى عن الرابع وعن صاحبه خمسة وسبعين منابه منها خمسة وعشرون ، فإذا قبضها قال : بقي لي خمسون أنت شريكي فيها .

وقوله : (بِائْتِيْ عَشْرَ وَنِصْفَ وَسِتَّةٍ وَرُبْعٍ) ؛ أي فإن لقي هذا الرابع الذي دفع خمسة وعشرين وخمسة وعشرين خامساً ، فالخمس والعشرون التي دفعها عن نفسه لا رجوع له بها ، وقد دفع عن الخامس وعن صاحبه خمسة وعشرين تنوبه منها اثنا عشر ونصف ، فإذا قبضها قال : بقيت لي اثنا عشر ونصف وأنت شريكي فيها ، فإن لقي الخامس السادس الذي دفع اثني عشر ونصفاً عن نفسه وستة وربعاً بالجملة سادساً لم يأخذ الخامس من السادس إلا ستة وربعاً ؛ لأنها هي التي أداها عنه وحده .

تنبيهات :

الأول : ما ذكرناه من صورة العمل هو الذي حسب الفقهاء كلهم المسألة عليه ، وذهب أبو القاسم الطبري الفارض إلى أن العمل على هذا غلط في الحساب ، وأن صورة التراجع مثلاً من الثاني على الثالث يجب أن يكون على غير هذا العمل ، بل إذا التقى الثالث مع أحد الأولين يطلبه بالاعتدال معه في الغرم عن الثالث ، فيقول : كنا اجتمعنا باجتماع بعضنا ببعض ، ولو اجتمعنا لكان المال علينا أثلاثاً مائتان على كل واحد ، فعلي مائتان غرمتها أنت وصاحبك عني فخذ واحدة أنت ، فهي التي تقع لك وادفع إلى صاحبك المائة التي دفعها عني إذا لقيته فيستوفي في كل واحد مائتين كما لو اجتمعا في دفعة ، وهكذا إذا لقي الثالث الرابع وهكذا بقيتها .

التنبيه الثاني : قول المصنف : (فلو لقي... أحدهم فأخذ منه) هل له أن يأخذ الجميع من أحدهم ، وإن كانوا حاضرين أو يشترط تعذر الوفاء من بقيتهم ؟ فيه تفصيل : إن قال لهم صاحب الدين : أيكم شئت أخذته بحقي فله أخذ أحدهم بالجميع ، كان الباقي حضوراً أملياً أم لا ، وإن لم يقل : أيكم شئت أخذته بحقي لم يكن له أن يأخذ بعضهم ببعض إلا في العدم ؛ لأن الحميل لا يؤخذ بالحق في ملاء الغريم وحضوره على الرواية المشهورة .

ابن يونس (١) : وليس للغريم فيها إذا اشترط أنه يأخذ بحقه من شاء منهم أن يرجع على كل واحد من أصحابه إلا بما عليه من أصل الدين ؛ لأنه لم يؤدّ مع هذا الشرط بالحمالة ، بل صار كل واحد غريباً لصاحب الدين ، وسواء كانت حمالة بعضهم عن بعض وهم شركاء في سلعة أو حمالة عن غيره .

التنبيه الثالث :

اعلم أن هذه المسألة على وجهين :

أحدهما : أن يكون الحملاء غرماء بأن يشترتوا سلعة وهي التي ذكرها المصنف .

والثاني : أن يكونوا حملاء ليسوا بغرماء ؛ أي يتحملوا بدين هو على غيرهم ، ولم يتعرض المصنف لهذا الوجه .

ولا خلاف في مسألة المشتريين أن من دفع يطالب صاحبه الذي يلقاه بما يقع عليه من المال ، ولا يأخذ منه المائة التي تلزمه في خاصته ، ويقتسمان ما بقي ، وأما إن كان الحق على غيرهم فاختلف إذا أخذ الحق من بعضهم ثم لقي الآخر هل يقاسمه بالسواء في الغرم ، وإليه ذهب ابن لبابة والتونسي وغيرهما .

قالوا : لأنهم سواء في الحمالة وليس يخص أحدهم ما لا يخص غيره ، أو إنما يقاسمه بعد إسقاط ما يخصه كالأول ، وإليه ذهب كثير من الأندلسيين ، ونحوه في «المدونة» وفي سماع أبي زيد في «المستخرجة» ؟ وجعلوا ما ينوب كل واحد من المال وهي مائة بالحمالة كما لو كان عليه دين ، ونص المسألة على الوجه الثاني من «المدونة» .

مالك : وإذا تكفل ثلاثة رجال بمال على رجل حمالة مبهمة فأعدم الغريم ، لم يكن للطالب على من لقي من الحملاء إلا ثلث الحق ، إلا أن يشترط في أصل الكفالة أن بعضهم حميل عن بعض ، فحينئذ إن غاب أحدهم أو عدم أخذ من وجد منهم مليئاً بجميع الحق ، وإن لقيهم أملياء لم يأخذ من كل واحد إلا ثلث الحق ؛ إذ لا يتبع الكفيل في حضور الغريم وملائته .

ولو شرط : أيكم شئت أخذته بحقي ، ولم يقل : بعضكم كفيل ببعض ، فليأخذ أحدهم بجميع الحق وإن كانوا حضوراً أملياء ، ولا رجوع للغارم على أصحابه ؛ إذ لم يؤدّ بالحمالة عنهم ، ولكن عن الغريم ، ولو قال : بعضكم كفيل ببعض وقال مع ذلك : أيكم

(١) الجامع لابن يونس (٦/ ٣٠) .

شئت أخذته بحقي ، أو لم يقل ، فإنه إن أخذ من أحدهم في هذا جميع المال رجع الغارم على أصحابه إذا لقيهم بالثلاثين ، وإن لقي أحدهم رجع عليه بالنصف .

وذكر ابن حبيب عن جميع أصحاب مالك مثل ما في «المدونة» ؛ أعني أنه لا رجوع للغريم على أصحابه فيما إذا قال : أيكم شئت أخذته بحقي .

للخمي : وقال محمد : له أن يرجع على أصحابه إذا كانوا أربعة على كل واحد بربع الحق ، والقول الأول أبين ومجمل قوله : أنه إنما يأخذ من شاء منهم على الغريم حتى يتبين أنه إنما يأخذه بذلك عن أصحابه .

ابن حبيب : وقال ابن الماجشون في من باع شيئاً من رجلين وشرط أن يأخذ أيهما شاء بجميع الثمن ، أو تحمل له رجلان بدين وشرط عليهما ذلك ، فشرطه باطل ، وليس له اتباع أحدهما بأكثر من نصيبه إلا في عدم صاحبه أو غيبته كالحمالة المبهمة ، وقاله ابن كنانة وأشهب ، وقول ابن القاسم بلزوم الشرط أظهر ؛ لأن الناس عند شروطهم ، وقد اختلف قول مالك في الحميل المبهم فكيف بالشرط ؟ وقاله أصبغ وابن حبيب .

فروع :

ويتنزل منزلة حمالة بعضهم عن بعض ما رواه ابن وهب عن مالك في «المدونة» (١) : إذا كتب الرجل حقه على رجلين وشرط أن حيكما عن ميتكما ومليئكما عن معدمكما ، فكذلك حمالة أحدهما عن الآخر .

التنبه الرابع : المازري : أفردت جماعة من الأشياخ لمسألة الستة حملاء تأليفاً ، ولم يذكر المصنف إلا ابتداء العمل ؛ فرأينا أن نكملة حتى يؤدي كل واحد مائة ، فإني رأيت نفوس الطلبة عند إلقائها تطلب تمام عملها ، وربما صعب ذلك عليهم وهأنا أذكره على ما قاله المازري ، فأقول :

إذا غرم الأول ستمائة ، ثم لقي أحدهم فأخذ منه ثلاثمائة كما تقدم ، ثم إن لقي الأول ثانياً قال له : غرمت ثلاثمائة عن نفسي مائة أصالة ومائتين بالحمالة عن أربعة أنت أحدهم ، يلزمك في خاصتك خمسون ويبقى مائة وخمسون ، وعليك نصف ما بقي ، وهو خمسة وسبعون ، فجميع ما يأخذ منه مائة وخمسة عشرون ، فصار جميع ما أخذ من

صاحبه مائة وخمسة وعشرين ، ويبقى مما أدى بالحمالة خمسة وسبعون ، ثم إن لقي ثالثاً قال له : أديت بالحمالة خمسة وسبعين عن ثلاثة أنت أحدهم فادفع إليّ ثلثها خمسة وعشرين ونصف ما بقي مما أديت بالحمالة ، فإنك به معي حميل ، فجميع ما يأخذه منه خمسون وتبقى له خمسة وعشرون ، ثم إذا لقي رابعاً قال له : بقي لي مما أديت بالحمالة خمسة وعشرون هي عليك وعلى صاحبك السادس فأعطني نصفها اثني عشر ونصفاً ونصف ما بقي ، وذلك ستة وربع ، فجميع ما يأخذ منه ثمانية عشر وثلاثة أرباع ، وبقي له مما غرم ستة وربع ، ثم إذا لقي السادس أخذها منه ، فهذا كمال عمل الأول ، ثم تعود إلى الذي يليه وهو الثاني الذي لقيه أولاً وغرم ثلاثمائة ، فإذا لقي الذي يليه وهو الثالث الذي كان غرم للأول أيضاً مائة وخمسة وعشرين ، فيقول له : أنا قد أديت بالحمالة من هذه الثلاثمائة التي غرمت مائتين عن أربعة نصيبك منها خمسون ، فيأخذها منه فتبقى مائة وخمسون أنت معي بها حميل ، فيقول هذا الثالث : قد أديت أنا أيضاً بالحمالة للأول خمسة وسبعين سأؤتيك في مثلها ، وتبقى لك خمسة وسبعون فخذ نصفها سبعة وثلاثون ونصف ، فجميع ما يأخذ منه سبعة وثمانون ونصف ، فجميع ما أدى هذا الثالث للأول والثاني مائتان واثنا عشر ونصف ، وبقي للثاني مائة واثنا عشر ونصف مما أدى بالحمالة ؛ لأنه أدى ثلاثمائة منها عن نفسه ومائتان بالحمالة ، رجع إليه مما أدى بالحمالة سبعة وثمانون ونصف المائتين ، فالباقي له مما أدى بالحمالة مائة واثنا عشر ونصف ، ثم إذا لقي الرابع الذي كان غرم للأول خمسين ، قال له : بقي لي مما أديت بالحمالة مائة واثنا عشر ونصف وعلى ثلاثة أنت أحدهم يلزمك ثلثها في خاصتك ، وهي سبعة وثلاثون ونصف فيأخذها منه ، ويقول له : بقيت لي خمسة وسبعون أنت معي بها حميل ، فأعطني نصفها ، فيقول له هذا الرابع : قد وديت أنا بالحمالة للأول خمسة وعشرين ، سأؤتيك في مثلها وبقيت لك خمسون فخذ نصفها ، فجميع ما أخذ منه اثنان وستون ونصف ، فجميع ما أدى الرابع للأول والثاني مائة واثنا عشر ونصف ، فيبقى للثاني مما أدى بالحمالة خمسون ، ثم إن لقي الخامس قال له : بقي لي مما أديت بالحمالة أيها الخامس عنك وعن السادس خمسون عليك نصفها خمسة وعشرون فيأخذها منه ويقول له : بقيت لي عليك خمسة وعشرون بالحمالة أنت معي بها حميل ، فيقول الخامس : قد أديت أنا أيضاً ستة وربعاً سأؤتيك في مثلها ، وبقيت لك ثمانية عشر وثلاثة أرباع عليّ نصفها ، وذلك تسعة وثلاثة

أثمان ، فجميع ما أدى له الخامس أربعة وثلاثون وثلاثة أثمان ، وجملة ما أدى هذا الخامس للأول ثمانية عشر وثلاثة أرباع وللثاني أربعة وثلاثون وثلاثة أثمان ، فجميع ذلك ثلاثة وخمسون وثمان ، وبقي هذا الثاني يطلب خمسة عشر وخمسة أثمان ، فإذا لقي السادس أخذها منه ، ثم إن الثالث الذي غرم للأول والثاني مائتين واثنى عشر ونصفاً إذا لقي الرابع قال له : بقي لي مما أديت بالحمالة مائة واثنى عشر ونصف على ثلاثة أنت أحدهم فأعطني ثلثها ، وهو سبعة وثلاثون ونصف فأخذها منه ويقول له : بقي لي مما أديت بالحمالة خمسة وسبعون أنت معي بها حميل ، فيقول له هذا الرابع : قد أديت أنا أيضاً بالحمالة للأول خمسة وعشرين وللثاني خمسة وعشرين وذلك خمسون سأؤتيك في مثلها ، وبقيت لك خمسة وعشرون فخذ نصفها اثني عشر ونصفاً ، فيصير جميع ما أخذ منه خمسين ، وجميع ما أدى هذا الرابع للأول والثاني والثالث مائة واثنان وستون ونصف ، ثم إن لقي الخامس قال له : بقيت لي مما أديت بالحمالة اثنان وستون ونصف عنك وعن السادس عليك منها نصفها أحد وثلاثون وربيع ، فأخذها منه ، ثم يقول له : بقي لي أحد وثلاثون وربيع أنت معي بها حميل ، فيقول له هذا الخامس : قد أديت أنا أيضاً بالحمالة للأول ستة وربيعاً ، وللثاني تسعة وربيعاً وثماناً وذلك خمسة عشر ونصف وثمان سأؤتيك في مثلها ، وبقيت لك خمسة عشر ونصف وثمان أيضاً علي نصفها سبعة وثلاثة أرباع ونصف وثمان فيدفعها إليه فيصير جميع ما أخذ منه تسعة وثلاثين ونصف ثمن تبقى سبعة وخمسون وثمان فخذ نصفها ستة وعشرين ونصفاً ونصف ثمن ، ويصير جميع ما أدى هذا الخامس للأول والثاني والثالث اثنين وتسعين وثمانى نصف ثمن ، ثم إن الثالث لقي السادس فيقول له : بقي مما أديت عنك بالحمالة ثلاثة وعشرون وربيع وثمان نصف ثمن ، فأخذها منه ، فيذهب هذا الثالث وقد غرم مائة ، ثم إن الرابع الذي غرم للأول والثاني والثالث مائتين واثنين وستين ونصفاً لقي الخامس فيقول له : بقي لي مما أديت بالحمالة اثنان وستون ونصف عنك وعن السادس ، عليك منها نصفها أحد وثلاثون وربيع فأخذها منه ثم يقول له : بقيت لي أحد وثلاثون وربيع وأنت معي بها حميل ، فيقول له هذا الخامس : قد وديت أنا أيضاً بالحمالة للأول والثاني والثالث ثلاثة وعشرين وثلاثة أثمان ونصف ثمن سأؤتيك فيها وبقيت ستة وسبعة أثمان ونصف ثمن علي نصفها ثلاثة وسبعة أثمان وربيع ثمن ، فأخذها منه ويصير جميع ما يأخذ الرابع من الخامس خمسة

وثلاثين وثماناً وربع ثمن ، وجميع ما ودى الخامس للأول والثاني والثالث والرابع مائة وسبعة وعشرون وربع وثلاثة أرباع ثمن ، وبقي الرابع يطلب سبعة وعشرين وربعاً وثلاثة أرباع ثمن ، ثم إنه لقي السادس فيأخذها منه فيذهب وقد أخذ مائة ، ثم الخامس لقي السادس وقد كان أدى للأول والثاني والثالث والرابع مائة وسبعة وعشرين وربعاً وثلاثة أرباع ثمن عليه منها مائة بقي يطلب سبعة وعشرين وربعاً وثلاثة أرباع ثمن ، فيأخذها من السادس فيذهب وقد غرم مائة، فيذهب السادس وقد غرم مائة ؛ للأول ستة وربعاً ، وللثاني خمسة عشر وخمسة أثمان ، وللثالث ثلاثة وعشرين وثلاثة أثمان ونصف ثمن ، وللرابع سبعة وعشرين وربعاً وثلاثة أرباع ثمن وللخامس مثلها جميع ذلك مائة ، والله أعلم .

المَضْمُونُ شَرْطُهُ أَنْ يُمَكِّنَ اسْتِيفَاؤُهُ مِنَ الضَّامِنِ أَوْ مَا يَتَضَمَّنُهُ كَضَمَانِ الْوَجْهِ .
 الرُّكْنُ الرَّابِعُ (المَضْمُونُ) أي الحق الذي يضمن (شَرْطُهُ أَنْ يُمَكِّنَ اسْتِيفَاؤُهُ مِنَ الضَّامِنِ) ليتحرز من الجراح والقتل والحقوق البدنية ، فإنها لا يمكن استيفاؤها من الضامن ، ومن ضمان المعينات كما سيأتي .

وقوله : (أَوْ مَا يَتَضَمَّنُهُ) يحتمل أن تكون (مَا) موصولة أو نكرة موصوفة ، فالذي يتضمن الاستيفاء ضمان الوجه لاستلزامه المال ، فإن قلت : بقي عليه ضمان الطلب فإنه يصح ولا يمكن استيفاؤه ، قيل : لا نسلم أنه لا يمكن استيفاؤه ؛ لأن الحق هنا هو الطلب ، وهو يمكن استيفاؤه من الضامن ، ووقع لأصبع في «الواضحة» في الفاسق المتعسف على الناس بالقتل وأخذ المال فيؤخذ فيعطي الحملاء بما عليه من القتل وأخذ مال أنهم يؤخذون بما يؤخذ به إلا أنهم لا يقتلون .

فضل بن سلمة : انظر هل أراد أنهم يؤخذون بالمال خاصة أو به وبالدية في القتل .
 عياض : وهو على هذا التأويل موافق لعثمان البتي في قوله : يلزم الحميل في القتل والجراح إذا لم يأت به دية القتل وأرش الجراح ، وفي «مفيد الحكام» : لأصبع : لا بأس بالضمان في الجراح التي تؤول إلى المال .

المازري : ولو كانت الحدود التي هي حق الله تعالى إنما تثبت بالإقرار لكان التكفل بالطلب للمقر جائزاً على القول عندنا أن للمقر الرجوع عن إقراره وإن لم يظهر له

عذر على القول بأن هروبه كالرجوع عن الإقرار .

واختلفت الروايات في حديث الغامدية هل كفل بها رسول الله ﷺ لما أقرت بالزنا وهي حامل حتى تضع أم لا ؟

ابن عبد السلام : وقوله : (إن هروب الجاني دليل على رجوعه عن إقراره) ليس بالبين ؛ لاحتمال أن يكون هروبه من ألم الحد مع تماديه على صحة الإقرار .

فَلَا يَصِحُّ ضَمَانُ مُبِيعٍ مُعَيَّنٍ مُطْلَقاً بِإِحْضَارِ مِثْلِهِ إِنْ هَلَكَ .

أتى بالفاء ؛ لأنه مسبب عما قبله .

وقوله : (مُطْلَقاً) أي سواء كان مقوماً أو مثلياً وهو مقيد بغير النقيدين ، فيصح ضمانهما ولو عينت على مذهب «المدونة» ؛ لأنه إنما تجوز المعاوضة عليها عنده على شرط الخلف اللهم إلا بالنسبة إلى الصِّرف فهما كالعروض .

وقوله : (إِنْ هَلَكَ) أي قبل أن يقبضه المشتري ، وفي معنى الهلاك الاستحقاق .

ولو اشترى سلعةً من رجل على أنها إن استحققت فعلى البائع خلاصها ، وضمن البائع في ذلك غيره ، ففي المدونة قال ابن القاسم : إن استحققت انفسخ البيع ولا تلزم الحماله وقال غيره : تلزمه وهو أدخل المشتري في غرم ماله ، فعليه الأقل من قيمه السلعة يوم تستحق ، والضمن الذي أدى إلا أن يكون الغريم مليئاً حاضراً فيبرأ ، وروي هذا أيضاً عن ابن القاسم ودخل تحت قوله : (معيناً) خدمة معين ، فقال ابن القاسم في من استأجرته شهراً : لم يجز أن تأخذ منه حميلاً .

وَأَنْ يَكُونَ دَيْنًا مُسْتَقْرًا أَوْ آيِلًا إِلَيْهِ .

يعني : معلوماً أو مجهولاً (وَأَنْ يَكُونَ) معطوف على قوله : (أَنْ يُمْكِنَ اسْتِيفَاؤُهُ) أي وشرطه أن يكون ديناً مستقراً أو آيلاً إلى الدين المستقر ، ولا أعلم في هذه الشروط في المذهب خلافاً إلا ما سيأتي في الكتاب .

فَيَصِحُّ ضَمَانُ الْمَجْهُولِ ، وَقَبْلَ وَجُوبِهِ .

هذا كالنتيجة عما قبله ولهذا عطفه بالفاء ، ولا فرق في المجهول بين أن يكون حاصلًا أو سيحصل ، ويصح ضمان المجهول لأن غاية ذلك أن يكون كهفته ، وهي

جائزة عندنا .

قال في «المدونة»^(١) : ومن قال لرجل : ما كان لك قبل فلان الذي تخاصم فأنا به حميل ؛ فاستحق قبله مالا ، كان هذا الكفيل ضامناً ، ولا إشكال إن ثبت الدين بيينة وإن أقر له بعد الضمان ، فقولان ، واستقرأهما عياض وغيره من «المدونة» .

ابن المواز : وأما ما أقر به قبل الحمالة فليزمه غرمه ، وقيد ابن يونس القول بأنه لا يلزمه بالإقرار بما إذا كان الغريم معسراً ، وأما الموسر فلا تهمة فيه ؛ لأنه إن بدأ الكفيل بالغرم على أحد قولي مالك رجع الكفيل على الغريم .

ومما يدخل تحت كلام المصنف قوله في «المدونة» : ومن قال لرجل بايع فلاناً أو دابنه فما بايعته به من شيء أو دابنته فأنا ضامن له ، لزمه ذلك إذا ثبت مبلغه ، قال غيره : وإنما يلزمه من ذلك ما يشبه أن يداين به المحمول عنه .

ابن يونس وصاحب «البيان» : وهو تفسير .

المازري : وهو الأظهر .

ابن عبد السلام : وللشيوخ كلام في قول الغير : هل هو تقييد أو خلاف قال في «المدونة»^(٢) : ولو لم يداينه حتى أتاه الحميل فقال : لا تفعل فقد بدا لي في الحمالة ، فذلك له بخلاف قوله : احلف وأنا ضامن ، ثم رجع قبل اليمين لا ينفعه رجوعه ؛ لأنه حق ، وأجاب ابن يونس : لأن من حجة المدعي أن يقول : أنا ادعيت أن لي عليك كذا ، وقد أحل هذا نفسه محل المدعى عليه ، فكما لو قال المدعى عليه : احلف لي وأنا أغرم ، لا يكون له رجوع ، فكذلك هذا ، والذي قال : عامله وأنا ضامن ، كقول المعامل نفسه : عاملني وأنا أعطيك حميلاً ، فكما لهذا أن يرجع فلهذا أن يرجع .

وذكر المازري عن بعض أشياخه أنه إنما يرجع إذا أطلق ، وأما إن قيد فقال : عامله بمائة دينار فلا رجوع له ، وأنكر غيره هذه التفرقة ، ورأى أن له الرجوع مطلقاً قبل المعاملة .

قال : وبعض أشياخي يجري هذا على الخلاف في الهبة هل تلزم بالقول أم لا ؟

(١) «المدونة» (٢٥٩/١٣) .

(٢) «المدونة» (٢٥٩/١٣) .

انتهى ، وقد يخرج في مسألة الضمان خلاف من الخلاف في لزوم العدة ، وقد حكى في «البيان» في كتاب «العارية» أربعة أقوال :

أحدها : أنها تلزم ويقضى بها ، وإن لم تكن على سبب ، وروي عن عمر بن عبد العزيز أنه قضى بها .

والثاني : يقضى بها إن كانت على سبب ، وإن لم يدخل في السبب ، ولا يقضى بها إن لم تكن على سبب ، وهو قول أصبغ في كتاب «العدة» ، وقول مالك في كتاب «العارية» من «العتبية» .

الثالث : لا يقضى بها وإن كانت على سبب حتى يدخل في ذلك السبب ، وهو قول سحنون في كتاب العدة من «العتبية» .

الرابع : أنها لا تلزم وإن كانت على سبب دخل فيه ، وهو الذي يأتي على ما رواه أشهب وابن نافع عن مالك في «الموازية» و «العتبية» ، وإن مات وعليه دين لا يدرى كم هو ، فتحمل بعض ورثته بجميعة نقداً أو إلى أجل على أن يخلّى بينه وبين ماله ، فإن كان على أنه إن فضل شيء فينبه وبين بقية الورثة جاز ؛ لأن ذلك معروف وطلب خير للميت ولورثته ، وإن كان الفضل له والنقص عليه لم يجز ؛ لأنه غرر إلا أن يكون الوارث واحداً .

ولو طراً غريم لم يعلم به فعلى الآخر الغرم ، ولا يلزمه قوله : لم أعلم به وإنما تحمّلت بما علمت .

ابن دحون : وإنما جازت للمسامحة وأصلها المنع لما فيها من الجهالة .

مالك : وإن مات وعليه ثلاثة آلاف ولم يترك إلا ألفاً وله ولد واحد لا يرثه غيره ، فسأل غرماء أبيه أن يدعوا الألف بيده وينظروه سنتين ويضمن لهم بقية دينهم ، فرضوا بذلك جاز .

ابن القاسم : وبلغني عن ابن هرمرز مثله .

وَلَا يَصِحُّ بِالْكِتَابَةِ وَلَا بِالْجُعْلِ قَبْلَ الْعَمَلِ .

لأن هذا ليس بدين لازم ، ولهذا لو عطفه بالفاء لكان أولى ؛ لأن المكاتب لو عجز عنه رجع رقيقاً والحميل يحل محل المتحمل عنه ، فإذا كان الدين ليس ثابتاً

على الأصل فأحرى فرعه ، وهو الحميل ، وهذا هو المعروف ، وقال محمد بن عبد الحكم : لا بأس بالحمالة بالكتابة كما لو تحمل رجل عن عبد غير مأذون له بالتجارة بمال أو عن رجل في ولاية بشيء اشتراه أحدهما أن ذلك يلزمه ، وإن ذهب ماله باطلاً فهو الذي رضي بهذا .

ابن يونس : ولا أعلم أن لي في هذا القول رواية ، وذكر المازري أن بعض الأشياخ خرج قولاً بجواز الحمالة بالكتابة من قول أشهب في من قال لرجل : كاتب عبدك وعلي مائة دينار ؛ لأن الحمالة بالكتابة عند هذا المخرج إنما منعت ؛ لأن المقصود من الحميل حصول العتق للمكاتب ، فإذا عجز لم يحصل العتق ووجب بطلان الحمالة .

وهذا المعنى حاصل في مسألة أشهب ، فإذا لم يكن معتبراً عنده فيها وجب ألا يعتبر في الكتابة ، وردّه المازري بأن من كاتب عبده على أن أعطاه حميلاً بالكتابة فقد أعطاه حميلاً بدين قد لا يثبت ، فلم يصح ذلك ، وفي مسألة أشهب إنما دفع إليه مالا على أن يستأنف الكتابة فيرفع حقه في بيع العبد وانتزاع ماله والحجر عليه ، فصار هذا كالمعاوضة ، قال : وهذا مما ينظر فيه لإشكاله .

فرع :

والمنع إنما هو مع عدم اشتراط تعجيل العتق ، وأما لو تحمل رجل بالكتابة على شرط التعجيل فهو جائز ، ويكون للحميل الرجوع على المكاتب ، قاله في «المدونة» .

قوله : (وَلَا بِالْجُعْلِ قَبْلَ الْعَمَلِ) قرره ابن راشد وابن عبد السلام على أنها منعت قبل وجازت بعد الشروع ، وفيه نظر من وجهين :

أما أولاً : فإنه وإن لم يكن ديناً لازماً في الحال ، ولكن يستلزم فيدخل تحت قول المصنف : (أَوْ آيلاً إِلَيْهِ) .

وأما ثانياً : فلأن الذي نقله المازري صحة الضمان بالجعل ، ولفظه : ومنها - أي من الحقوق المالية - ما ليس بعقد لازم كالجعالة على مذهب من يرى أن الجعل لا يلزم بالعقد كقوله : إن جئتني بعبي الأبق فلك عشرة دنانير ، فهذا تصح الحمالة به أيضاً قبل المجيء بالأبق ، فإن جاء به لزم الحميل ما تحمل به ، وإن لم يأت به سقطت الحمالة .

وَيَصِحُّ ضَمَانُ الْوَجْهِ وَإِنْ كَانَ مُنْكَرًا .

ضمان الوجه عبارة عن الإتيان بالغريم الذي عليه الدين وقت الحاجة ، ولم يختلف في صحة ذلك عندنا .

وقوله : (وَإِنْ كَانَ مُنْكَرًا) ، ابن عبد السلام : ليس هذا موضعاً للمبالغة كما فعل المصنف ؛ لأن المنكر يحتاج إلى إقامة البينة عليه فلا بد من حضوره في موضع القاضي لتوقع البينة الشهادة على عينه ، وأما المقر فلا يحتاج إلى ضمان الوجه في حقه في أكثر المسائل ، وإنما يحتاج في الغالب إلى ضمان المال ، ولهذا ذهب بعض الشافعية إلى صحة ضمان الوجه في حق المنكر دون المقر ، فلو قال : (ولو كان مقرراً) لكان أولى .

وَيَلْزَمُهُ إِحْضَارُهُ .

هذا لا خلاف فيه ؛ أي يلزم حميل الوجه إحضار المتحمل عنه وهو الذي ضمن .

وَيَبْرَأُ بِتَسْلِيمِهِ فِي مَكَانٍ اشْتَرَطَهُ أَوْ بِيَرَاءَتِهِ مِنْهُ أَوْ سَجْنٍ .

لا يلزم إحضاره عند الحاكم ، إلا أن يشترط ذلك ، حكاه صاحب «الكافي» (١) .

وقوله : (فِي مَكَانٍ اشْتَرَطَهُ) هذا إذا كان مكان الاشتراط باقياً على حاله تجري فيه الأحكام ، وأما إن خرب فصار لا تجري فيه الأحكام ، فهل يبرأ بإحضار الغريم فيه أم لا ؟ قولان ذكرهما محمد بن عبد الحكم وكذلك ذكر القولين إذا أحضره بغير بلد الاشتراط بحيث تأخذه فيه الأحكام ، حكاهما ابن عبد الحكم .

المازري : وهذا عندي يلاحظ مسألة الشرط الذي لا يفيد ، وقد يكون هذا الشرط مفيداً كما إذا كان البلد المشترط إحضاره فيه هو موضع سكنى البينة ، أو كان الحق غير عين وللطالب غرض في أخذه بمحل الاشتراط .

قال في «المدونة» (٢) : وإن دفعه إليه بمكان فيه حاكم فيبرأ ، وإن دفعه إليه في بلد لا سلطان فيه أو حال فتنة أو مفازة أو بمكان يقدر الغريم على الامتناع فيه ، لا يبرأ الحميل حتى يدفعه إليه بموضع يصل إليه أو به سلطان .

(١) «الكافي» (ص ٤٢٣) .

(٢) «المدونة» (٢٥٤/١٣) .

وقوله : (أَوْ بِرَاءَتِهِ) أي براءة رب الدين للحميل من الحمالة .

(أَوْ سَجْنٍ) هو كقوله في «المدونة» : وإذا حضر المحمول عنه بعينه فدفعه الحميل إلى الطالب وهو في السجن برئ ؛ لأن الطالب قادر على أخذه من السجن ويحبس له في دينه بعد تمام ما سجن فيه ، اللخمي والمازري : وسواء سجن بحق أو باطل لإمكان أن يحاكمه عند القاضي الذي حبسه ، فإن منع هذا الطالب منه ومن الوصول إليه ، فيجري ذلك مجرى موته ؛ وموته يسقط الكفالة .

فروع :

الأول : ما ذكره المصنف من البراءة بالتسليم إنما هو إذا لم تكن الكفالة مؤجلة ، أو كانت مؤجلة وحل الأجل لا إن لم يحل ككون من له الدين لم يستحق الطلب ، فلا يفيد إحضاره للغريم وهو لا يستحق طلبه ، قاله المازري وغيره .

الثاني : إذا أسلمه الغريم وهو عديم ، وهو مذهب «المدونة» أنه يبرأ ، وهو الذي يؤخذ من قوله : (وَيَبْرَأُ بِتَسْلِيمِهِ فِي مَكَانِ اشْتِرَاطِهِ) إذا لم يشترط الملاء ، وروى ابن الجهم عن مالك أنه لا يبرأ ، وقال به ابن اللباد .

الثالث : مذهب «المدونة» وهو المشهور أن الغريم لو سلم نفسه للطالب وأشهد أنه دفع نفسه إليه وقال له : أسقط الكفالة عن من تكفل بوجهي أن الكفالة لا تسقط .

قال في «المدونة»^(١) : ولو كان في موضع تنفذ فيه الأحكام إلا أن يسلمه الحميل بنفسه أو وكيله .

ابن المواز : أو يقول الحميل للغريم اذهب فسلم نفسك ، ولا يكون الغريم كوكيل له ، وقال ابن عبد الحكم : يبرأ الكفيل بتسليم الغريم نفسه .

المازري : واختاره بعض أشياخي ، وكذلك أيضاً على المشهور لا تسقط الحمالة إذا أسلمه له أجنبي ، بل لا بد أن يسلمه هو أو وكيله .

الرابع : لو شرط الحميل بالوجه أنك إن لقيت غريمك سقطت الكفالة عني ، اعتبر هذا الشرط إن لقيه بمكان تناله فيه الأحكام لا إن لم تنله ، قاله في «العتبية» .

(١) «المدونة» (١٣/٢٥٤) .

وَالْإِغْرَمَ بَعْدَ أَجَلٍ خَفِيفٍ ، وَقِيلَ : بِنَيْبِ أَجَلٍ ، وَقِيلَ : لَا يَغْرَمُ .

يعني : وإن لم تحصل براءة الحميل بأحد الوجوه المذكورة غرم على المشهور ، وعليه فالمشهور أنه يتلوم له ، وهو معنى قوله : (بَعْدَ أَجَلٍ خَفِيفٍ) وهو مذهب «المدونة» و«العتبية» و«الموازية» .

وقال ابن وهب : لا يتلوم له ، وقيل : لا يغرم ، وهو مقابل لما أصله في صدر المسألة من الغرامة .

وهذا القول لابن عبد الحكم ، ووجهه أنه إنما التزم إحضار الغريم وذلك لا يدل على التزام المال على المشهور من إثبات التلوم ، ففي «المدونة»^(١) : وإن كان الغريم حاضراً أو غائباً قريب الغيبة مثل اليوم وشبهه تلوم السلطان للحميل ، فإن أتى به بعد التلوم فلا شيء عليه وإلا غرم ، وإن بعدت غيبة المكفول غرم مكانه ، فحد الغيبة القريبة اليوم وشبهه .

المازري : وقيل : هي يومان وقيل : ثلاثة ، واختار بعض الأسيخ اليوم ؛ لأنه مقدار ما يتلوم في الحضور ، وهل ذلك ثلاثة أيام لكون الحميل يسافر ليأتي بالمكفول مسافة يوم ، ويتأخر يوماً في طلبه ، ويأتي به في اليوم الثالث ؟ وإذا قيل : يومان ، اقتضى ذلك خمسة أيام ، يومان في السفر ومثلهما في القدوم ويوم الإقامة في طلبه ، والقول بالثلاثة أبعد ؛ لأن ذلك يقتضي عندي سبعة أيام ، والأصح عندي في هذا مراعاة الضرر فينفي عن الطالب ضرر التأخير الذي يضر به ، وينفي عن الحميل ضرر الاستعجال الذي يضر به .

فرع : وهل يتلوم لضامن المال إذا غاب الأصل أو أعدم ؟ قولان لابن القاسم .

فَلَوْ حُكِمَ بِالْغُرْمِ فَقَبِي سَقُوطُهُ بِإِحْضَارِهِ قَوْلَانِ .

يعني : إذا حمل القاضي على حميل الوجه بالغرم لعدم الغريم ، ثم أحضره فهل يسقط عنه الغرم بإحضاره ؛ لأنه إنما غرم لغيبته وقد وجدوا الحكم يدور مع علته وجوداً وعدماً ، وهو قول سحنون ، أو يقال هو حكم مضى وهو مذهب «المدونة» والمشهور ؟ وعلى قول سحنون إذا دفع الضامن المال قبل الإحضار مضى ، وذكر عياض أنه المشهور ، وقول سحنون على خلاف هذا الوجه ؛ لأنه قال بعد ذكر ما في «المدونة» : إن كان قد حكم

على الحميل بالغرم مضى الحكم ، واختلف الشيوخ في المراد بالحكم هل هو شهادة الحاكم على الحميل بالغرم ، وهو قول عبد الملك ، وقال بعضهم : بل القضاء عليه بالمال ودفعه لربه ، وأما إن لم يغرم فيسقط إذا أتى بالغريم ، ومثله في سماع عيسى ، ونحوه عن سحنون انتهى بمعناه .

ونقل اللخمي وابن يونس القولين ، كما نقلهما المصنف ، وإذا فرعنا على المشهور أنه لا يسقط الغرم عن الضامن بحضور الغريم ، فقال ابن يونس وغيره : يبقى للطالب التخيير إن شاء اتبع الغريم أو الحميل .

فرع :

لو غاب الغريم فأراد كفيل الوجه أن يثبت فقره ليسقط ، فإنه لو حضر وهو فقير لم يلزم الحميل غرم ، فقال اللخمي : له ذلك ولا غرم عليه إذا ثبت ذلك ؛ لأن يمين الغرم على العدم استظهار .

وقال المازري : يجري فيها قولان ؛ لأن الفقر إذا ثبت بالبينة لم يحلف الغريم على ذلك ؛ أي : فهل يحلف الغريم لتعذر هذه اليمين ، أو لا لأنها استظهار ؟ هذا معنى كلامه .

فرع :

وأما لو أغرم الحميل ثم أتت بينة أن الغريم مات في غيبته قبل القضاء لرجع الحميل على رب الدين بما أدى إليه ، قاله في «المدونة»^(١) ، وغيرها .

فَلَوْ مَاتَ الْمَضْمُونُ لَمْ يَلْزَمِ الضَّامِنُ شَيْءً ، وَعَنِ ابْنِ الْقَاسِمِ : إِذَا مَاتَ بَعْدَ الْأَجَلِ لَزِمَ وَإِنْ كُنْتُ قُلْتُ غَيْرَ هَذَا فَاطْرَحُوهُ

أي : فلو مات الغريم وهو مراده بالمضمون ولم يكن حكم على حميل الوجه بالضمان لم يلزم الضامن شيء ، وهو مذهب «المدونة» ، وعلله فيها بأن النفس المضمونة قد ذهبت .

محمد : وهذا هو المعروف من قول مالك ، وعليه جماعة من أصحابه ، وعن ابن القاسم أيضاً في «الموازية» ما ذكره المصنف من القول الثاني ، ونصه عند ابن يونس : ابن

القاسم : وإن مات في غيبته وهي قريبة أو بعيدة لزم الغرم الحميل ، إلا أن تكون الحمالة مؤجلة ويكون موت الغريم قبل الأجل بأيام كثيرة لو كلف الحميل المجيء به لخرج فيها ورجع قبل محل الأجل ، فحينئذ تسقط عنه الحمالة ولا تلزمه .

ابن القاسم : وإن كنت قلت لكم في هذه المسألة غير هذا فاطرحوه وخذوا هذا ، فظاهر ، وصرح بذلك ابن القاسم في هذا القول في «العتية» أنه لو مات بالبلد لم يلزم الكفيل شيء ولو مات بغيره لفصل كما ذكرنا ، وإنما لزم الكفيل الغرم في هذا القول ؛ لأن تفریطه في الغريم حتى خرج عن البلد كعجزه عن إحضاره وهو حي ؛ لأنه لو منعه من الخروج لحل الأجل عليه وهو بالبلد فيتمكن رب الدين من طلبه .

وعلى هذا فقول المصنف : (وعن ابن القاسم : إذا مات بعد الأجل) يريد : وبغير البلد ، وقول ابن القاسم في هذه الرواية : (ويكون موت الغريم قبل الأجل بأيام كثيرة) مفهومه لو كان بأيام قليلة لكان الضمان أيضاً عليه وهو كذلك ، ولكن اختلف في حد ذلك ، فقال ابن القاسم في «الموازية» : إن بقي من أجل الدين ما لا يتحمل أن يذهب الكفيل فيأتي به لزم الكفيل الغرامة ، وقال ابن القاسم أيضاً في «الواضحة» : إن بقي من الأجل ما لو أقيل الغريم فيه لوصل عند الأجل فلا شيء على الحميل ، وحمله على الوفاء على أن يأتي بنفسه من غير رسول ، قاله اللخمي والمازري وغيرهما .

فروع : لو مات حميل الوجه فالمشهور أن الكفالة لا تسقط وكأنه التزم ديناً في ذمته خلافاً لعبد الملك ، وكأنه على قوله إنما التزم ما يتعلق بعينه .

المازري : وعلى المشهور فإن كان الدين حالاً طلبت الورثة بإحضار الغريم ، وإلا أخذ الحق من التركة ، وإن كان ذلك مؤجلاً فإن الورثة أيضاً يطالبون بإحضار الغريم ، فإن أحضروه سقطت الكفالة .

محمد : وتسقط إذا أحضره أحد الورثة وإن كان الدين مؤجلاً .

ابن عبد السلام : هكذا حكى المازري عن محمد ، والذي رأيته في «الموازية» بعد أن حكى قول عبد الملك .

محمد : يقال لورثته : جيئوا بالذي عليه الدين ، وإلا ضمنتم .

التونسي : لم يذكر متى يجيئون به ولعله أراد عند حلول الأجل ، انتهى .

ونقل اللخمي عن محمد مثل ما نقله المازري بناء على نقله .

وعارض الأشياخ المتأخرون هذا بأن إحضار الغريم قبل الأجل لا يفيد الطالب ؛ إذ لا يقدر على طلبه حينئذٍ قال : ولعل محمداً رأى هذه الحوالة تحل بموت الحميل كما تحل بموت الغريم ، وما ذلك إلا لما يلحق ورثته من الضرر في قسمة التركة ، وقد يتعلق بها حق الطالب لإمكان أن يحل الأجل ويغيب الغريم .

فَلَوْ قَالَ : أَنَا حَمِيلٌ بِطَلْبِهِ وَشِبْهُهُ طَلَبُهُ بِسَفَرٍ مِثْلِهِ .

هذا هو حميل الطلب ، وقوله : (بِطَلْبِهِ وَشِبْهُهُ) يحتمل أن يريد بالشبه نحو هذه الصيغة ، كما لو قال : علي أن أطلبه ، وقال ابن عبد السلام : تقع حمالة الطلب على وجهين :

الأول : أن يتدئ الحمالة على ضمان الوجه ، ويشترط الضامن إن لم يجده فلا شيء عليه من المال .

والثاني : أن يتدئ الحمالة على ضمان الطلب ، ولما أراد المصنف الجمع بينهما قال : (فَلَوْ قَالَ : أَنَا حَمِيلٌ بِطَلْبِهِ وَشِبْهُهُ) .

ابن المواز : ويلحق بقوله : (أضمن وجهه وأنا بريء من المال في عدم إغرامه المال) ما لو قال : (لا أضمن إلا وجهه) ؛ أي لأنه استثنى وجهه بعد أن عمم نفي الضمان لكل شيء ، واستشكل صاحب «المقدمات» و «البيان» قول محمد هذا ، وقال : لا فرق بين قوله : (أضمن وجهه) وبين (لا أضمن إلا وجهه) ، قال : وإنما يصح ما قاله محمد إذا كان لكلامه بساط يدل على إرادة الطلب فقط ، كما لو قيل له : تحمل لنا بوجه فلان فإن جئت به فأنت بريء من المال ، فيقول : لا أضمن إلا وجهه .

عياض : وتصح حمالة الطلب في كل شيء حتى في القصاص .

وقوله : (طَلَبُهُ بِسَفَرٍ مِثْلِهِ) الضمير في (مِثْلِهِ) عائد على الحميل ، وكذلك قال في «الجواهر» (١) ، وقال اللخمي : إن لم يعلم موضعه وحيث توجه كان عليه أن يطلبه في البلد ، وفيما قرب .

واختلف إذا عرف موضعه ، فقال أصبغ : يطلبه على مسيرة اليوم واليومين ، وحيث

لا مضرة فيه ، وقال ابن الماجشون : يخرج لطلبه قرب أو بعد ، ما لم يتفاحش ، فأما ما يكون من أسفار الناس فليخرج ، أو يرسل أو يؤدي عنه .

ابن حبيب : والشهر ونحوه من أسفار الناس ، وقال ابن القاسم في «العتبية» : يعتبر في هذا ما يقوى الكفيل عليه فيكلفه وما لا يقوى عليه فلا يكلفه .

وقد حكى المازري هذه الثلاثة الأقوال وحكاها أيضاً صاحب «البيان» ، قال بعد هذا : وحكى فضل عن ابن عبد الحكم أن السلطان يتلوم له فإن جاء به وإلا حسبه حتى يأتي .

والظاهر أن المصنف أراد بقوله : (سَفَرٌ مِّثْلُهُ) قول ابن الماجشون ، فإن قلت : بل أراد قول ابن القاسم ، قيل : لفظه : (يقوى) تعطي من الوسع ما يعطي (سَفَرٌ مِّثْلُهُ) .

فإن قلت : لعل المصنف أراد إذا لم يعلم موضعه .

قيل : هناك لم يشترط سفر المثل ، وإنما قالوا يطلبه في البلد وما قرب منه .

فرع : ولا يلزم حميل الطلب غرم ، وإن لم يأت بالغيرم إلا أن يمكنه بعد الأجل

إحضاره ، ففرط حتى هرب أو أنذره حتى هرب ، قاله غير ابن القاسم في «المدونة» .

أبو الحسن : وهو تتميم وتفسير ، وهكذا قال في «العتبية» ؛ لأن فيها : وإن أثبت الطالب أنه خرج وأقام بقريته ولم يتمادى عاقبه السلطان بالحبس بقدر ما يرى ، أو يأمره بإحضار صاحبه إن قدر عليه ، وأما أن يضمه المال فلا ، إلا أن يلقاه فيتركه فيضمن إن أثبت ذلك عليه ، وكذلك إن كان غيبه في بيته ولم يظهره ، ولهذا قال ابن الهندي : عليه أن يحلف ما قصر في طلبه ولا دلس فيه ولا يعلم له مستقرا .

أبو محمد صالح : وهذا على القول بلحوق أيمان التهم ، وظاهر ما لابن القاسم في «العتبية» تصديقه من غير يمين ؛ لأن فيها : إذا خرج لطلبه ثم قدم وقال : لم أجده ، وقال الطالب : من يعلم أنك بلغت الموضع ، القول قول المحيل إن مضت مدة يبلغ فيها ويرجع .

اللخمي : وهو مثل قوله في «المدونة» في الأجير على تبليغ الكتاب يدعي أنه أوصله وخالفه غيره في الأجير ، فيلزم على قوله أن يكلف الحميل إثبات وصوله ورده .

المازري : هذا التخريج بأن الأجير يطلب إثبات دين في ذمته ، والدين لا يثبت في الذمة إلا بينة ، وأما الحميل فإنه إنما يبرئ نفسه من الطلب .

وَلَوْ شَرَطَ الْأَجَلَ فِي الْحَالِ وَالْغَرِيمُ مُعْسِرٌ يُوسِرُ فِي مِثْلِهِ مَعَهُ ابْنُ الْقَاسِمِ ، وَأَجَازَهُ
أَشْهَبٌ....

يعني : لو شرط الضامن التأجيل بالدين الحالّ على الغريم والغريم حيثنّد معسر يوسر قبل تمام الأجل ، فهل يمنع لأن الزمان المتأخر عن يساره يعد صاحب الحق فيه مسلفاً - لأنه أخرج ما عجل فيمتنع لأنه مسلف وقد انتفع بالحميل الذي أخذه من غريمه وهو قول ابن القاسم ، وهذا على أن اليسار المترقب كالمحقق - أو يجوز ؟ لأن الأصل استصحاب عسره ، ويسره قد لا يكون ، فلم يؤخره وكان المعسر تبرع بالضمان ، وهو قول أشهب ؟ أما إن لم يوسر إلا عند الأجل أو بعده فيجوز باتفاق ، وهذا مفهوم من كلام المصنف .
وقوله : (في مثله) لفظة (مثل) زائدة ؛ لأن المراد في الأجل قبل فراغه ، ومعنى قولنا : (يوسر) قبله ؛ أي الغالب عليه أن يوسر قبله كبعض أصحاب الغلات .
وفهم من قوله : (والغريم مُعْسِرٌ) أنه لو كان موسراً لجاز ، وكذلك نص اللخمي عليه .

فَلَوْ كَانَ مُوسِرًا بِالْبَعْضِ جَازَ ضَمَانُ أَحَدِهِمَا دُونَ الْجَمِيعِ .

كما لو كان عليه مائتان ويده مائة جاز أن يؤخر ما هو به موسر لضامن ولا مانع ، وكذلك المعسر به لأنه تبرع لضامن ، ولو ضمنهما منع لأنه سلف جر منفعة ؛ إذ تأخيره بالمائة الموسر بها سلف ، وانتفع بالضمان في المائة التي هو معسر بها ، وقاله اللخمي وصاحب «البيان» .

وَلَوْ ضَمِنَ الْمُؤَجَّلَ حَالًا جَازَ .

هكذا في «المدونة» : وجعل الرهن كذلك ، قال : لأنه زيادة توثق ، وأطلق كلام المصنف ، وقيده ابن يونس بما إذا كان الحق مما له تعجيله ، وأما إن كان عرضاً أو حيواناً من بيع فلا يجوز ؛ لأنه (حط الضمان وأزيدك) .

ابن عبد السلام : وليس هو بين ؛ لأن رب الدين ما أخذ زيادة في نفس الحق ولا منفعة ينتفع بها ، وإنما قصد التوثق ، وذلك يدل على أنه لا غرض له في التأخير ولا غرض للآخر في بقاء الدين في ذمته ، وتظهر فائدته مع التأخير لا مع التعجيل ، انتهى .
وقال اللخمي : إن أعطاه حميلاً ليتعجله قبل الأجل فإن كان الدين عيناً أو عرضاً من

قرض جاز ، وإن كان من بيع وكان قصد الغريم بتعجيله منفعة الطالب جاز ، وإن أراد إسقاط الضمان عن نفسه لم يجز .

وَلَوْ عَلَّقَ الضَّمَانُ بَعْدَ مَوْفَأِ الْأَصْلِ تَلَوَّمَ الْحَاكِمُ وَالزَّمَهُ مَا لَمْ يَكُنْ مَلِيئًا حَاضِرًا

أي : (وَلَوْ عَلَّقَ الضَّمَانُ بَعْدَ مَوْفَأِ الْأَصْلِ) فقال : (أنا ضامن لك بما على فلان إن لم يوفك حقك) فإن الضمان صحيح على الوجه الذي شرط ، ويتلوم له القاضي بقدر ما يرى ، ثم يلزمه المال ، إلا أن يكون الغريم حاضراً مليئاً ، فإن القاضي يجبره على الدفع للطالب .

وَصِيغَتُهُ : تَحَمَّلْتُ ، وَتَكَلَّفْتُ ، وَضَمَنْتُ ، وَأَنَا زَعِيمٌ ، وَعِنْدِي ، وَشِبْهُ ذَلِكَ .

قوله : (وَشِبْهُ ذَلِكَ) ؛ أي قبيل ، وأدين ، وصبير ، وعزيز ، وينبغي أن يعتمد هنا على الألفاظ التي يستعملها العرف في الضمان لا على غيرها .

فَلَوْ قَالَ : أَرَدْتُ الْوَجْهَ - فَقَوْلَانِ .

قال في «المدونة»^(١) : من قال : أنا حميل ، أو زعيم ، أو ضامن ، أو قبيل ، أو هو لك عندي ، أو علي ، أو إلي ، أو قبلي ، فذلك كله حمالة لازمة إن أراد الوجه لزمه ، وإن أراد المال لزمه ، قالوا : ويصدق ، وإن لم يدع أنه أراد شيئاً فاختلف الشيوخ : هل يحمل على المال أو على الوجه ؟ واختار ابن يونس وصاحب «المقدمات» أنه بالمال واستدلا بقوله ﷺ : «الزعيم غارم» ، ولأنه المتبادر من لفظة الحمالة .

المازري : واختار بعض الشيوخ أنه بالوجه لكونه أقل الأمرين ، والأصل براءة الذمة ، ورد الاستدلال بالحديث بأنه إنما قصد بالحديث بيان حكم وجوب المطالبة للكفيل بما ضمنه ، ولم يقصد به بيان حكم إطلاق هذه اللفظة ، قال : ولأن الغرامة إنما تكون في الأموال لا في الأبدان ؛ إذ البدن لا يصح أن يغرم ، فكأنه يقول : الزعيم غارم لما ضمن ، والضامن الذي يتصور فيه الغرامة إنما يكون في المال .

فرع :

وأما إن حقق كل واحد منهما ما وقعت به الحمالة ، فقال الحميل : إنما تحملت بالوجه ، وقال الطالب : بل بالمال ، فالقول قول الحميل ؛ لأن الأصل براءة الذمة .

كتاب الشركة

الشَّرْكَةُ : إِذْنٌ فِي التَّصَرُّفِ لِهَمَا مَعَ أَنْفُسِهِمَا

هي بكسر الشين وسكون الراء ، والإجماع على جوازها من حيث الجملة ، ورسومها المصنف بقوله : (إِذْنٌ فِي التَّصَرُّفِ) أي : أذن لصاحبه أن يتصرف مع نفسه ، فقوله : (إِذْنٌ فِي التَّصَرُّفِ لِهَمَا) كالجنس .

(مَعَ أَنْفُسِهِمَا) فصل أخرج به الوكالة ، قال في «المقدمات»^(١) : وهي من العقود الجائزة ، لكل منهما أن ينفصل متى شاء إلا الشركة في الزرع ، ففي لزومها خلاف ؛ لتردها بين الإجارة والشركة ، وسيأتي ذلك ، ونحوه للخمى ، وخرج قولاً - بلزومها لأول نضة - من الشاذ في كراء المشاهرة أنه يلزم شهراً .

قال : وأما إن أخرجنا مالا لأن يشتريا به شيئاً معيناً - فإنه يلزم إن لم يمكن كل واحد بانفراده شراؤه ، أو أمكنه ، ولكن اشتراؤهما أرخص ، وإلا فقولان ، وهما على الخلاف في شرط ما لا يفيد .

وفي «معين الحكام» : الشركة تنعقد بالقول على المشهور من قول مالك وأصحابه ، وكذلك قال ابن يونس : إنها تلزم بالعقد كالبيع ، لا رجوع لأحدهما فيها كالبيع ، بخلاف الجعل والقراض ، ولعياض وابن عبد السلام نحوه .

ابن عبد السلام : الظاهر أنه لا مخالفة بينهم ، ومراد ابن يونس وغيره أنها تلزم بالعقد باعتبار الضمان ؛ أي : إذا هلك شيء بعد العقد يكون ضمانه منها ، خلافاً لمن يقول : إنها لا تنعقد إلا بالخلط .

فإن قلت : يلزم من هذا مخالفة «المدونة» ؛ لقوله : وإن بقيت كل صرة بيد صاحبها حتى ابتاع بها أمة على الشركة ، فالأمة بينهما ، والصرة من ربهما ، وقال غيره : لا تنعقد بينهما شركة حتى يخلطا .

قيل : قد قيد اللخمى ذلك بما إذا كان في الصرة حق توفية وزن أو انتقاد ، قال : وأما إن وزنت وانتقدت وبقيت عند صاحبها على وجه الشركة فصاعت - لكانت مصيبتها منهما ؛ لأن الخلط عنده ليس بشرط في الصحة ، هذا نصه ، وهو يدل لما قلناه وأيضاً

(١) «المقدمات» (٢/٢١١) .

فلجعله الأمة بينهما ، فاعلمه .

العَاقِدَانِ كَالْوَكِيلِ وَالْمُوَكَّلِ .

هذا شروع منه في بيان أركانها ، يعني أن من جاز له أن يتصرف لنفسه - جاز له أن يوكل ويشارك ؛ فلا يشارك العبد إلا أن يكون مأذوناً له ، وكذلك غيره من المحجور عليهم ، وشبهه المصنف بالوكيل والموكل ؛ لأنه قد يشبه بما سيأتي ، ويقرب من هذا هنا أن تأتي الوكالة إثر الشركة ، واعلم أن كل واحد وكيل عن صاحبه ، موكل له ، وعلى هذا فيكون المصنف شبه كلا منهما بمجموع الوكيل والموكل .

فإن قيل : فقد قالوا : إن الذمي لا يوكل على المسلم فهل يتأتى هنا ؟

قيل : لا يبعد ؛ وقد قال ابن حبيب : لا ينبغي للحافظ لدينه أن يشارك إلا أهل الدين والأمانة ، والتوقي للخيانة والربا والتخليط في التجارة ، ولا يشارك يهودياً ولا نصرانياً ولا مسلماً فاجراً إلا أن يكون هو الذي يتولى البيع والشراء ، وإنما للآخر البطش والعمل .

الصَّيْغَةُ مَا يَدُلُّ لَفْظاً أَوْ عُرْفاً .

ابن عبد السلام : يعني أن الشركة لا تختص بلفظ معين ، بل كل ما يدل عليها لغة أو عرفاً ، أو ما يقوم مقام ذلك من الأفعال ، وفي كلامه مسامحة ؛ لأنه قابل اللفظ بالعرف ، فإن أراد باللفظ ما هو أعم من اللغة والعرف ، فكيف يجعل العرف قسيماً له ، وإن كان مراده باللفظ ما أفاد في اللغة ، وبالعرف ما أفاد من الألفاظ العرفية - فقريب ، إلا أنه يخرج عنه الفعل ، وإن أراد بالعرف ما أفاد عرفاً أعم من أن يكون لفظاً أو غيره - ففيه من الإشكال أنه يكون قد فسر الصيغة بما هو أعم منها .

ومثال الفعل الدال كما لو خلطتا ماليهما وباعا .

مَحَلُّهَا : الْمَالُ وَالْعَمَلُ ، فِي الْمَالِ : بَيْعٌ مِنْ غَيْرِ مُنَاجَزَةٍ لِبَقَاءِ الْيَدِ .

كلامه ظاهر التصور ؛ وذلك لأنه إذا أخرج أحدهما مائة دينار ، والآخر مثلها - فكأن كل واحد منهما باع نصف ما أخرجه بنصف ما أخرجه الآخر ، لكنهما لم يتناجزا لبقاء يد كل واحد منهما .

وقلنا : (من غير مناجزة) لأن ذلك لو كان مناجزة لاكتفي به في الصرف ، ولهذا - الذي أشار إليه المصنف - كان الأصل منعها في المال الذي ذكرنا لولا الإجماع الذي نبه

عليه المصنف بقوله :

وَالْإِجْمَاعُ عَلَىٰ إِجَازَتِهَا بِالْدَّنَانِيرِ وَالْدَّرَاهِمِ مِنْ كِلَا الْجَانِبَيْنِ .

(كِلَا الْجَانِبَيْنِ) أي : أن يخرج كل واحد منهما ذهباً ، أو كل واحد ورقاً .

واحترز به مما لو أخرج أحدهما ذهباً والآخر ورقاً ، لأنه ممنوع كما سيأتي ، وعلى كلام المصنف يكون الإجماع على غير قياس ، وأشار ابن عبد السلام إلى أن بقاء اليد لا يمنع من التناجز لاختلاف وجوه الضمان في ذلك بالجزء المبيع ، ألا ترى أنه كان مضموناً قبل الشركة من البائع ، وضمانه بعدها منهما ، فيكون الإجماع منعقداً على مقتضى القياس ، وإنما لم يكتف بهذا القدر في الصرف احتياطاً .

خليل : وفيه نظر ؛ لأن بيع العين بالعين مصارفة بلا إشكال ، والإجماع هنا جار على غير قياس .

وقد صرح صاحب «المقدمات»^(١) وغيره بأن هذا الإجماع ليس بجار على قياس .

فَقَاسَ ابْنُ الْقَاسِمِ عَلَيْهِ الطَّعَامَ الْمُتَّفَقَ فِي نَوْعِهِ وَصِفَتِهِ ، وَمَنَعَهُ مَالِكٌ ، فَقِيلَ : لِأَنَّهُ بَعِيَ الطَّعَامَ قَبْلَ قَبْضِهِ

يعني : أن ابن القاسم قاس الطعامين المتفقين في الصفة على الدنانير والدرهم والجامع حصول المناجزة حكماً لا حساً ، فكما اغتفر هذا في الدنانير والدرهم - فكذلك يغتفر في الطعامين ، ومنع ذلك مالك ، ولأصحابه في الفرق أوجه :

أولها : ذكره عبد الحق عن شيوخه : أن في الطعامين يدخله بيع الطعام قبل قبضه ؛ لأن كل واحد منهما باع نصف طعامه بنصف طعام صاحبه ، ولم يحصل قبض لبقاء يد كل واحد منهما على ما باع ، فإذا باعاً يكون كل واحد منهما بائعاً للطعام قبل استيفائه ، وهذا هو الذي ذكره المصنف .

ثانيها : ما أشار إليه ابن المراز أن ذلك لما يدخله من خلط الطعام الجيد بالدنيء .

ثالثها : لأنه إجماع خرج من غير قياس كما تقدم ، وما كان كذلك لا يصح القياس عليه على الصحيح .

رابعها : لإسماعيل القاضي : أن الشركة في الطعام مشروطة بالمساواة في القدر

والصفة، وذلك متعذر عادة ، قال : ولا ينقض هذا بجواز بيع الطعام بعضه ببعض ؛ لأن المطلوب في البيع حصول المساواة في القدر فقط ، ورده ابن يونس بأنه تفرع على خلاف أصل مالك وابن القاسم ، وذلك لأن طرده يقتضي جواز الشركة بالطعامين المختلفين النوع إذا حصلت المساواة في القيمة .

ابن عبد السلام : قد يقال إذا كان التساوي في القيمة مع اتحاد النوع متعذراً عادة - فأحرى أن يكون متعذراً مع اختلافه .

وذكر بعضهم خامساً : أن الطعام مما تختلف فيه الأغراض ، ولعله راجع إلى قول إسماعيل .

وسادسها : أن علل الطعام كثيرة بخلاف الدنانير والدرهم ، ولعله يرجع إلى ما ذكره عبد الحق (١) .

خليل : وقد يقال : في قول إسماعيل القاضي نظر ؛ لأنه لولا حصول المساواة لم يكن من ذوات الأمثال ، وكذلك أيضاً فيما ذكره عبد الحق نظر ؛ لأنه أجاز في «المدونة» الشركة بالطعام والنقد ، ولو كان كما ذكر من العلة لمنع ذلك .

واحترز المصنف بقوله : (وصفته) مما لو اختلفت الصفة كسمراء ومحمولة ، فإنه ممتنع عند ابن القاسم أيضاً ، قال في «المدونة» (٢) : وسواء اتفقت القيمة أم لا ، وحكى عبد الحق (٣) عن بعض القرويين أنه يجوز - على مذهب ابن القاسم - الشركة بالطعام المختلف اختلافاً يسيراً ؛ كما يجوز في البيزيدية والمحمدية .

قال في «المقدمات» (٤) : وهو محتمل ، وظاهر قول ابن القاسم في «المدونة» أنه لا يجيز التفاضل في الطعامين المتفقين في الصفة ؛ لأنه قال في غير موضع : إن ذلك لا يجوز حتى يتفقا في الكيل والجودة ، وأطلق ، قال : وهذا أظهر مما حكاه عبد الحق .

وَتَمَنَعُ فِي الدَّنَائِرِ مَعَ الدَّرَاهِمِ وَطَعَامَيْنِ الْمُخْتَلِفَيْنِ عَلَى الْمَشْهُورِ فِيهِمَا .

يعني : فإن أخرج هذا ذهباً والآخر دراهم - امتنع ، وعلل ذلك في «المدونة» بأنه

(١) « النكت والفروق » (١٣٩/٢) .

(٢) « المدونة » (٢٥٧/١٣) .

(٣) « النكت والفروق » (١٣٩/٢) .

(٤) « المقدمات » (٩٠/١) .

صرف وشركة ، والصرف لا يجوز مع الشركة ، وإذا لم يجوز البيع مع الشركة فالصرف أولى ، وأجاز ذلك أشهب وسحنون ، وقالوا : إنما يمنع الصرف والشركة إذا كان الصرف خارجاً عن الشركة ، وأما الداخل فيها فيجوز ، ورواه ابن القاسم عن مالك في «الموازية» .
ابن المواز : وهو غلط ، وما علمت من أجازته ؛ لأنه صرف لا يبين به صاحبه لبقاء يد كل واحد منهما ، وروى ابن وهب عن مالك الكراهة ، وبذلك أخذ محمد ، وقيد اللخمي ما في «الموازية» بما إذا تناجزا في الحضرة .

فرع : ولو أخرج هذا ذهباً وورقاً والآخر مثله ذهباً وورقاً ، فإنه يجوز .

ابن عبد السلام : لا أعلم فيه خلافاً ، ولهذا رجح جماعة قول سحنون ؛ لأن التعليل الذي ذكره في «المدونة» في الدراهم مع الدنانير جار في هذه ، وهي جائزة ، قال في «المدونة» مفرعاً على المشهور في الشركة في الدنانير والدراهم : فإن عملاً فلكل واحد رأس ماله ، ويقتسمان الربح : لكل عشرة دنانير دينار ، ولكل عشرة دراهم درهم ، وكذلك الوضعية ، قال : وإن عرف كل واحد السلعة التي اشترت بماله فإن السلعة تباع ، ويقسم الثمن كله ، كما ذكرنا ، وقال غيره : لكل واحد السلعة التي اشترت بماله إن عرفت ، ولا شركة له في سلعة الآخر .

وأما الشركة بالطعامين المختلفين فالمشهور - وهو مذهب «المدونة» - المنع ، ففيها : وإن أخرج أحدهما محمولة والآخر سمراء ، أو أخرج هذا قمحاً والآخر شعيراً ، وقيمة ذلك متفقة أو مختلفة ، وباع هذا نصف طعامه بنصف الآخر - لم يجوز على حال كيفما شرط ، كما لا أجزى الشركة بدنانير ودراهم متفقة قيمتها ، والقول بالجواز لسحنون بشرط أن تتفق القيمة .

اللخمي : يريد : والكيل .

وقول المصنف : (فيهما) أي : في صورتى الدنانير والدراهم والطعامين المختلفين ، وقد بينا ذلك ، وفي «المقدمات»^(١) و «البيان»^(٢) عن مالك قول بالجواز في مسألة الطعامين المختلفين كقول سحنون .

وَتَجُوزُ بِالْعَرَضَيْنِ مُطْلَقًا ، وَرَأْسُ مَالٍ كُلِّ وَاحِدٍ مَا قُوِّمَ بِهِ عَرَضُهُ .

(١) «المقدمات» (٢/٢١٣) .

(٢) «البيان والتحصيل» (٨/٢٤) .

تجوز الشركة بالعرضين مطلقاً ، أي : سواء كانا من جنس أو من جنسين ، قال في «المدونة» (١) : ولا بأس أن يشتركا بعرضين متفقين أو مختلفين ، أو طعام وعرض على قيمة ما أخرج كل واحد .

وروي عن مالك في «الموازية» أنه قال في الشركة بالعرضين المختلفين : ما هو من عمل الناس ، وأرجو ألا يكون فيه بأس .

وينبغي حمل هذا على الوفاق ؛ لقوله : أرجو ألا يكون بذلك بأس ، وإن كان ابن رشد حملة على الخلاف .

وقوله : (ورأس مال كل واحد ما قوم به عرضه) ؛ أي إلى يوم الإحضار .

فلو وقعت فاسدة فرأس ماله ما بيع به عرضه لا قيمته يوم أحضره على المشهور .

يعني : فلو وقعت الشركة بالعرضين فاسدة - كما لو وقعت على تفاضل الربح أو العمل - فاختلف فيما يكون رأس مال كل واحد منهما ، فالمشهور أنه ما بيع به عرضه ؛ لأن العرض في الشركة الفاسدة لم يزل على ملك ربه وفي ضمانه إلى يوم البيع ، وهذا كما قلنا في البيع الفاسد : إنه ينتقل إلى ملك المشتري بالفوات ، فيضمن قيمته يوم القبض ، والشاذ الذي حكاه المصنف باعتبار القيمة يوم الإحضار .

ابن راشد وابن عبد السلام : ليس بمنصوص وإنما خرجة التونسي على قول من يرى أن التمكين في البيع الفاسد يوجب الضمان ، على أنه لم يجزم هذا القروي به ، بل جعله مما يمكن أن يقال ، والأقرب أنه لا يتخرج ؛ لأن التمكين في البيع الفاسد تمكين تام ؛ إذ لا شركة لأحد معه فيه ، بخلافه هنا ، فلا يلزم من انتقال الضمان بالتمكين التام انتقاله بالتمكين غير التام .

وأشار التونسي أيضاً إلى تخريجه مما إذا أخرج أحدهما ذهباً والآخر ورقاً ، فإن المشهور - وهو مذهب ابن القاسم - فسادها ، مع أنه قال : إذا اشترى كل سلعة وعرفت يقسمان الربح على حسب رأس مالهما .

خليل : وقد يخرج على أن المستثنى من أصل إذا فسد ، هل يلحق بصحيح أصله أو بصحيح نفسه ؟ وذلك أن الشركة مستثناة من البيع ؛ إذ جوز فيها من بيع النقد بالنقد

(١) « تهذيب المدونة » (٢١٣/٣) .

والطعام بمثله ما لم يجوز في البيع ، فإذا فسد فهل ترد إلى صحيح أصلها - وهو البيع - فيجيء منه المشهور ، أو إلى صحيح نفسها - وهو الشركة - فتكون القيمة يوم الإحضار كما قلنا ؟

عبد الحق^(١) وابن يونس : فإن لم يعرفا ما بيعت به سلعة كل منهما فلكل واحد منهما قيمة عرضه يوم البيع ؛ لأن سلعة كل واحد منهما كانت من ضمانه إلى أن بيعت ، فالبيع أفاتها ، كما قال في الطعامين إذا خلطا : إن رأس مال كل واحد منهما ما بيعت به سلعته .

تنبيه : قوله : (فَلَوْ وَقَعَتْ فَاسِدَةٌ... إلخ) يقتضي أن القيمة في الشركة الصحيحة يوم الإحضار كما قلنا ، وكذلك هو في «المدونة» .

فَلَوْ خَلَطَا الطَّعَامَيْنِ فِيمَتَهُ يَوْمَ الْخَلْطِ مُتَّفِقَيْنِ أَوْ مُخْتَلِفَيْنِ كَالْمُسَاوِي ، وَرُوي : يُقَسَّمُ الثَّمَنُ بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ لِعَدَمِ التَّعَدِّي

يعني : لو خلطا الطعامين في الشركة الفاسدة ، أما على قول مالك فلا أن الشركة في الطعامين لا تقع إلا فاسدة ، وأما على قول ابن القاسم فكما لو وقعت على تفاضل الربح والعمل ، أو في نوعين مختلفين كقمح وشعير ، فالمشهور أنه تعتبر قيمة كل طعام منهما يوم الخلط ، ولهذا التقدير الذي ذكرناه أفرد المصنف الضمير في (قيمته) .

وقوله : (وروي : يُقَسَّمُ الثَّمَنُ بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ) هو لمالك في «الموازية» ، وفهم اللخمي هذه الرواية على أن كل واحد يضمن لصاحبه مثل نصف طعامه ، وإنما اقتسما على المساواة لأنهما على ذلك دخلا ، وهو حسن ، وأبقاها التونسي على ظاهرها ؛ أي : من غير غرم ، وقال في توجيهها : لأن كل واحد لم يكن متعدياً في خلطه ، ودخل على أنه لا فضل له على صاحبه ، ثم استشكل ذلك فقال : وقد تكون قيمة الشعير مفرداً عشرة ، وقيمة القمح مفرداً عشرين ، فإذا اختلطا صارت قيمة الشعير خمسة عشر ، فكيف يصح أن يقتصما نصفين ؟ وإنما زادت قيمة الشعير بالقمح ؛ فيجب أن يكون الزائد لرب القمح .

وَتَصِحُّ بِالْعَرَضِ مِنْ جَانِبِ وَالنَّقْدِ مِنْ جَانِبِ عَلَى الْمَشْهُورِ .

المشهور مذهب «المدونة» ، ولم أف على الشاذ ، ولعله منع لاجتماع البيع والشركة ،

وإنما أجاز في المشهور هنا ، ومنع في التأخير الدنانير والدرهم ؛ لأنه ليس في العين والعرض إلا مانع واحد ، وهو البيع والشركة ، وهو مغتفر في أصل الشركة بخلاف الدرهم مع الدنانير ، فإن في ذلك علتين : البيع والشركة والصرف من غير مناجزة ، والله أعلم .

وَيُشْتَرَطُ فِي الذَّهَبِيِّنِ اتَّفَاقُ صَرْفِهِمَا لَا غَيْرُ .

يعني : ولا ينظر إلى اختلاف الشكل ، قال في «المدونة»^(١) : وإن أخرج أحدهما دنانير هاشمية ، والآخر مثل وزنها دمشقية ، أو أخرج هذا دراهم يزيدية ، والآخر مثل وزنها محمديّة - وصرفها مختلف - لم يجز إلا في اختلاف يسير لا بال له .

الللخمي : والقياس أن لا يجوز ؛ لأن الترك لموضع الشركة ، كما قالوا في الإقالة والشركة في الطعام أنها جائزة على وجه المعروف ، ولو قال : لا أقيلك إلا أن تقلني ولا أشاركك إلا أن تشاركني ، لم يجز ؛ لأنهما أخرجتا ذلك عن وجه المعروف ، إلا أن يكونا عقدا الشركة على سكة واحدة ثم جاء أحدهما بأفضل .

محمد : وإن أخرج هذا عشرة دنانير قائمة ، والآخر عشرة تنقص حبتين ، واشتركا على ترك الفضل - لم يجز .

الللخمي : يريد لأن الترك للشركة .

وإن أخرج أحدهما مائة مسكوكة والآخر مائة تبرأ ، وتساوى الذهبان - نظرت إلى فضل السكة ، فإن كان كثيراً لم تجز الشركة ، وإن كان يسيراً جازت إذا ألغيا ذلك الفضل على قول ابن القاسم .

تنبيه : وتقدم أن عبد الحق قاس التفاوت اليسير في النقدين على الطعامين ، وأن ابن رشد أبى ذلك ، وهو مما يدل على أن الطعام يمتنع فيه ما لا يمتنع في النقدين ، والله أعلم .

فِي جَوَازِ غِيْبَةِ أَحَدِ الْمَالَيْنِ : قَوْلَانِ .

الجواز للمالك وابن القاسم في «المدونة» ، والمنع لسحنون .

ابن عبد السلام : وكأنه الأقرب ؛ لأن الشركة تستدعي صحة التصرف في المالين لكل من الشريكين ، وذلك متنف مع غيبة أحد المالين .

وقال اللخمي : والمشهور أحسن ، وقيد المشهور بقيدتين :

أحدهما : ألا يتجرا إلا بعد قبض المال الغائب .

ثانيهما : ألا تكون الغيبة بعيدة جداً .

فرع : وعلى المشهور ففي «المدونة» : إن أخرج أحدهما ألفاً ، والآخر ألفاً منها خمسمائة غائبة ، ثم خرج ربهما ليأتي بها وخرج بجميع المال الحاضر معه فلم يجدها ، واشترى بجميع ما معه تجارة - فإن له ثلث الفضل .

ابن القاسم : ولا يرجع بأجر فضل العمل كشريكين طاع أحدهما بالعمل ، وقال سحنون : له أجر عمله فيما زاد .

وقال محمد : إن خدعه فله ربح ماله ، وإن لم يخدعه فله النصف ، ولا أجر له .

ابن يونس : وإنما يصح قول ابن المواز إذا اشترى بالمال الحاضر قبل علمه بضياح المال الغائب ؛ لأنه اشترى على أن ذلك بينهما نصفين ، وأما لو اشترى بعد علمه بضياح المال الغائب ، وإن كان لم يغر ، فكيف يجب أن تكون الشركة بينهما ، والشركة لم تقع بعد ؟ ألا ترى أن ضمان الدنانير الغائبة - ما لم تقبض - من ربهما ، وأنه لو اشترى بها شيئاً لكان ضمانها من بائعها فكيف في الشركة ؟ وقاله التونسي ، قال : وظاهر الرواية أنه اشترى بعد علمه بذهاب المال ، وللخمي زيادة في هذه المسألة .

ولأبَدٍ مِنْ حَلَطِ الْمَالَيْنِ تَحْتَ أَيْدِيهِمَا أَوْ أَحَدِهِمَا أَوْ يَشْتَرِيَانِ بِهِمَا .

إن وقع الاختلاط بحيث لا يتميز أحد المالين من الآخر - فاتفق على أن الضمان منهما ، وإن تميز ذلك ففي «المدونة»^(١) : وإن صر هذا ذهبه في صرة ، والآخر في أخرى على حدة ، وجعلا الصرتين في يد أحدهما أو في تابوته أو في خرجه فضاعت واحدة ، فالذاهبة بينهما ، وإن بقيت صرة كل منهما على يده - فضياعها منه حتى يخلطا أو يجعلا الصرتين عند أحدهما ، وكذلك إن كانا مختلفي السكة إلا أن الصرف واحد ، ولو تفاضل الصرف - فسدت الشركة ، وكانت الذاهبة من ربهما ، وإن بقيت صرة كل بيد ربهما حتى ابتاع أحدهما بها أمة على الشركة ، وتلفت الصرة الأخرى والمالان متفقان - فالأمة بينهما ، والصرة من ربهما .

(١) «المدونة» (١٠/٢١١) .

وقال غيره : لا تتعقد بينهما شركة حتى يخلطا ، أي : الخلط الحسي بحيث لا يتميز أحدهما عن الآخر ، وهو قول سحنون .

المتطي : ولم يختلف ابن القاسم وغيره أن الضائعة من ربهما ، وقوله في «المدونة»^(١) : والأمة بينهما .

ابن يونس : يريد بعد أن يدفع لشريكه نصف ثمنها .

وبما في «المدونة» يعلم أن الصواب هنا (ويشترَيَانِ) بالواو ، لا ما في بعض النسخ (أو يشتريان) بـ(أو) ، لأن ذلك يقتضي أنهما لو اشتركا وبقيت صرة كل واحد بيده وذهبا ليشتريا - أن تصح شركتهما ، وقد نص في «المدونة» على خلافه ، لكن قال اللخمي : يحمل قوله في الضائعة قبل الشراء وقبل الجمع : إن مصيبتها من صاحبها دون شريكه ، على أنه بقي فيها وجه من التوفية وزناً أو انتقاداً ، ولو وزن كل واحد وقلبت ثم خلقت عند صاحبها على وجه الشركة فضاعت لكانت مصيبتها منهما كالجارية ؛ لأن الخلط عنده ليس بشرط في الصحة ، ولو كان ذلك لكانت مصيبة الجارية - التي اشترت بمال أحدهما قبل الجمع - من صاحبه دون شريكه ؛ يعني فإن لم يحمل على ما ذكر ، وإلا تعارض مع قوله : إن مصيبة الجارية منهما .

فَإِنْ شَرَطَا نَفْيَ الْأَسْتِبْدَادِ لَزِمَ وَتُسَمَّى : شَرِكَةَ الْعِنَانِ .

الشركة ثلاثة أضرب : شركة أموال وشركة أبدان وشركة وجوه ، وسيأتي الكلام على الأخيرين ، وشركة الأموال تنقسم ثلاثة أقسام .

الأولى : شركة مضاربة : وهي القراض ، مأخوذة من الضرب في الأرض .

والثانية : شركة مفاوضة : وهي أن يجوز فعل كل واحد على صاحبه ويشتركان في جميع ما يستفيدان ، واتفق على جوازها ، ولا يفسدها عندنا وجود المال لأحدهما على حدة خلافاً لأبي حنيفة ، وسميت مفاوضة لتفويض كل واحد منهما المال لصاحبه ، وقيل : لاستوائهما في الربح والضمان ، من قولهم : تفاوض الرجلان في الحديث ، إذا شرعا فيه ، وقيل : المفاوضة المشاورة ، كأنهما تشاورا في جميع أمورهما .

الثالثة : شركة العنان : وفسرها المصنف وابن شاس^(٢) بأن يشترط كل منهما نفي

(١) «المدونة» (١٠/٢١١) .

(٢) «الجواهر» (٢/٦٦٩) .

الاستبداد؛ أي لا يفعل أحدهما شيئاً حتى يشاركه الآخر ، وفسرها صاحب «المقدمات» وعياض بأنها الاشتراك في شيء خاص ، وحكى الاتفاق على جوازها ، ونحوه لابن عبد الحكم ، وقيل : هي الشركة في كل شيء من الأشياء بعينه .

وعلى أنها الشركة في شيء بعينه - قيل : المعنى في نوع خاص ، كنوع البز ، أو فرد خاص كثوب ، وحكى ابن عبد السلام في ذلك قولين ، فیتحصل في تفسيرها أربعة أقوال .

ويقال : (عنان) بالكسر ، وهو الأكثر لمن جعلها مشتقة من عنان الدابة ، و (عنان) بالفتح لمن جعلها من عن يعن إذا عرض ، أو من عنان السحاب لظهوره ، ثم أشار إلى شركة المفاوضة بقوله :

وإن أطلقاً التصرف في الغيبة والحضور في البيع والشراء وغيره مما يعود على التجارة
لزم....

هو ظاهر التصور ، قال في «المدونة»^(١) : والمفاوضة على وجهين : إما في جميع الأشياء ، وإما في نوع واحد من المتاجر - كشراء الرقيق - يتفاوضان فيه .
فَلَوْ بَاعَ أَوْ اشْتَرَى نَسِيئَةً مَضَى .

يعني : لو باع أحد المتفاوضين أو اشترى بالنسيئة - مضى فعله ولزم ذلك شريكه .

ولما كان قوله : (مضى) لا يؤخذ منه الحكم ابتداء - صرح بجواز ذلك بقوله :

(وَلَهُ ذَلِكَ مَا لَمْ يُحْجَرْ) أي : عليه شريكه ، بأن يقول : لا تبع بالنسيئة ، وما ذكره في البيع هو في «المدونة» والمشهور ، وفي «الموازية» : لا يجوز لأحدهما البيع بالدين إلا بإذن صاحبه ، رواه أصبغ عن ابن القاسم ، وأما ما ذكره في الشراء فنحوه في «الجواهر» ، وفي كلامهما نظر ؛ لأنه خلاف المنصوص في المذهب ، ففي «المدونة»^(٢) : أكره أن يخرجوا مالا على أن يتجرا فيه وبالدين مفاوضة ، فإن فعلا فما اشترى به كل واحد منهما فيبينهما ، وإن جاوز رأس ماليهما ، والشراء بالدين راجع إلى شركة الذمم .

أصبغ : وإذا وقعت بالذمم فما اشترياه بينهما على ما عقدا ، وتفسخ الشركة من الآن .

(١) «تهذيب المدونة» (٢/٢١٦) .

(٢) «تهذيب المدونة» (٣/٢١٧) .

أبو الحسن : والفسخ دليل على أن المراد بالكرهه المنع .

بعض القرويين : والأشبه - على قول ابن القاسم - أن يكون لكل واحد منهما ما اشترى ، وهكذا ذكر فضل أن سحنوناً طرح قول ابن القاسم ، وقال : بل لكل واحد ما اشترى .

ووجه قول ابن القاسم أن المشتري بينهما - ما قاله حمديس أن ابن القاسم حمل ذلك على الوكالة ، وأين هذا كله من كلام ابن شاس والمصنف ، نعم أجاز اللخمي الشراء على أن ينقد اليومين والثلاثة ، قال : وهو مما لا بد للناس منه ، قال : ولا يشتري بضمن مؤجل ، فإن فعل بغير إذن شريكه فالشريك بالخيار بين القبول والرد ، فيكون الثمن على المشتري خاصة ، وإن كان بإذن في سلعة معينة جاز ذلك ، وإن لم يعين لم يجز ذلك ابتداء ، فإن فعل فما اشتراه مشترك بينهما على المستحسن من القولين في شركة الذمم ، وعلى هذا فيحمل كلام المصنف على الشيء المعين لا غيره ، وإلا تناقض كلامه ، فإنه في غير المعين شركة الذمم ، وسيذكر المصنف أنها ممنوعة .

وتبرعه لا يلزم ما لم يكن استئلافاً للتجارة .

لأن التبرع خلاف ما عقدا عليه الشركة ، فلذلك لا يلزم إلا ما دلت عليه أو عاد بنفع ، قال في «المدونة» (١) : وإن أخرج أحدهما غريباً بدين أو وضع له منه - نظراً ، أو استئلافاً للتجارة ليشتري منه في المستقبل - جاز ذلك ، وكذلك الوكيل على البيع إذا كان مفوضاً إليه ، وقيل : لا يجوز التأخير لإرادة الاستئلاف ؛ لأنه من السلف بزيادة .

اللخمي : والأول أحسن .

وفي «المدونة» (٢) : ليس لأحد المتفاوضين أن يعير من مال الشركة إلا أن يوسع له في ذلك شريكه ، أو يكون شيئاً خفيفاً كعارية غلام ليسقي دابة ونحوه ، وأرجو ألا يكون به بأس .

والعارية من المعروف الذي لا يجوز لأحدهما أن يفعله إلا لإرادة الاستئلاف ، ومما يجوز له - مما دلت عليه العادة لخفته - إعاره الماعون ، وإعطاؤه الكسرة ونحوها .

(١) « تهذيب المدونة » (٣/٢١٨) .

(٢) « تهذيب المدونة » (٣/٢١٨) .

وَيُطَالَبُ كُلُّ وَاحِدٍ بِتَوَابِعِ مُعَامَلَةِ الْآخَرِ.

كما لو استحقت السلعة من يد المشتري .

وَيُرَدُّ بِعَيْبٍ وَغَيْرِهِ .

قوله : (ويرد) أي : ويرد أحد الشريكين المشتري بعيب اطلع عليه ، سواء اشتراه هو أو شريكه ، أما ما اشتراه هو فواضح ، وأما ما اشتراه شريكه فلأنه وكيل عنه .

وقوله : (وغیره) أي : من استحقاق جزء السلعة ، والرد بسبب فساد البيع ، وإمضاء بيع الخيار أو رده .

وَيُرَدُّ عَلَيْهِ بِالْعَيْبِ بِالْبَيِّنَةِ أَنَّهُ ابْتَاعَهُ عَلَى الْعَهْدَةِ مِنْ شَرِيكِهِ ، فَإِنْ كَانَ قَرِيبَ الْغَيْبَةِ انْتُظِرَ

قوله : (ويرد عليه) يعني : أن من اشترى سلعة من أحد المتفاوضين ثم اطلع على عيب

وأراد ردها ، فإن كان البائع حاضراً فكلامه معه ؛ لأن البائع أقعد بحال المبيع ، وإن كان

غائباً قريب الغيبة - قال في «المدونة»^(١) : كالיום ونحوه - انتظر ، وترك المصنف التصريح

بالكلام على الحاضر ؛ لأن ذلك يؤخذ مما ذكره ؛ لأنه إذا انتظر قريب الغيبة ليقع الكلام

معه - فالحاضر أولى .

وإن كان بعيد الغيبة ، قيل : كالعشرة أيام ، رد على شريكه الحاضر إذا أقام المشتري

بينة أنه اشتراه على بيع الإسلام وعهده ، وله أخذ الثمن إن قالت البينة : إنه نقد الثمن ،

وإنه كذا .

قيل : ويحتاج إذا أراد أخذ الثمن إلى إثبات أمور : بينة الشراء ، ونقد الثمن ، وأنه

كذا ، وإثبات العيب ، وأنه غاب غيبة بعيدة أو بحيث لا يعلم أمد التباعد لاحتمال أن

يكون قديماً والعيب حادث وبالعكس .

ويحلف على ثلاثة أمور : أنه اشترى شراء صحيحاً على عهدة الإسلام ، وأنه ما تبرأ

إليه منه ، ولا أعلمه به ، وأنه لما اطلع عليه لم يرض بعد علمه .

قال في «المدونة»^(٢) : وإذا أقام المتباعد بينة أنه ابتاع على عهدة الإسلام - نظر في العيب

(١) « تهذيب المدونة » (٣/ ٢٢١) .

(٢) « تهذيب المدونة » (٣/ ١٠١) .

فإن كان قديماً لا يحدث مثله رد العبد على الشريك الآخر ، وإن كان يحدث مثله - فعلى المتباع البينة أن العيب كان عند البائع ، وإلا حلف الشريك بالله ما يعلم أن هذا العيب كان عنده .

ابن يونس : يريد كان ظاهراً أو خفياً ؛ لأن غيره تولى البيع كالوارث ، ولو حضر البائع - حلف على البت في الظاهر ، وعلى العلم في الخفي على قول ابن القاسم .

قال في «المدونة»^(١) : وإن نكل الشريك الذي لم يبع - حلف المتباع على البت أنه ما حدث عنده ، ثم يرد عليه ، وفي «الموازية» : أن المتباع إنما يحلف كما كان يحلف بائه: في الظاهر على البت ، وفي الخفي على العلم .

اللخمي : وإن لم تقم البينة للمشتري أنه ابتاع على عهدة الإسلام - يعني في العيب القديم - وكانت العادة البيع على البراءة - لم يرد بهذا العيب ، وإن اختلفت العادة - حلف أنه اشترى على العهدة ، ورده إن كان العيب مشكوكاً في قدمه ، وكان اشتراء البائع لذلك العبد وبيعه في غيبة الحاضر الآن ، أو في حضوره وباعه في الحضرة قبل علم الآخر - لم يكن على الحاضر يمين ، وإن كان اشتراه بحضرته وغاب عليه إذا كان هذا هو المتولي للشراء - أحلف على ذلك العيب ، فإن حلف ثم قدم الغائب حلف أيضاً ، فإن نكل حلف المشتري ورد جميعه ؛ لأنه لو كان حاضراً لحلفهما جميعاً ، وإن حلف أحدهما ونكل الآخر - حلف ورد جميعه ؛ لأنه لو أقر أحدهما وأنكر الآخر - رد جميعه بإقرار المقر منهما ، وإن نكل الحاضر حلف المشتري ، ثم لا يكون للغائب في ذلك مقال إلا أن يثبت أنه كان بين ذلك للمشتري ، فإن نكل المشتري عن اليمين - سقط مقاله في الرد الآن وبعد أن يقدم الغائب ؛ لأنه لو كان حاضراً ونكلا عن اليمين ثم نكل المشتري بعد نكولهما - لم يكن له شيء ، انتهى .

ابن يونس : ولو جاء الغائب فأقر أنه كان عالماً لا ينبغي أن يرد ، ويلزم ذلك الشريك الخالف ، ولو أنكر الغائب حلف .

فإن نكل فهل يرد عليه جميعها أو نصفها ليمين شريكه ؟

ابن يونس : والذي ظهر لي أن يرد عليه جميعها ؛ لأن نكوله كإقراره لأنه المعامل له ،

ولا يضره يمين الشريك الحاضر ؛ لأنه إنما حلف على أنه لم يعلم أن به عيباً ، وهو لم يعامله .

التونسي : انظر لو نكل الشريك الحاضر ، ولا علم عنده من العيب فحلف المبتاع وردها ، ثم قدم البائع فقال : أنا أحلف وأنقض الرد على شريكي ، فيشبه أن يكون ذلك له ؛ لأن صاحبه إنما توقف عن اليمين إذ لا حقيقة عنده ، وقد يكون له ذلك في نصفه ، وأما نصف الناكل فقد نكل عن اليمين فيه ، فهل يمضي الرد فيه ؛ لأن من وكل على بيع عبد فاليمين في العيب إذا وجد على الموكل في الذمة ، لا على الوكيل ، ونصفه الذي يخص صاحبه إنما باعه بالوكالة ، وقد نكل عن اليمين ، فانظر هذا .

فَلَوْ أَقْرَّ أَحَدُهُمَا بَعْدَ الْاِفْتِرَاقِ بِذَلِكَ لَزِمَ الْمُقْرَّ حِصَّتَهُ .

هذا قول ابن القاسم .

ابن يونس : ومراده إذا لم يحلف المشهود له ، قال : وقال سحنون : يلزمهما ما أقر به أحدهما في أموالهما ، وظاهره أنه خلاف سحنون ولو مع الطول .

وفي اللخمي : إن أقر بعد طول الافتراق لم يقبل ، ويختلف إذا أقر بقرب ذلك وادعى أنه نسي ، فقد اختلف في العامل في القراض يدعي بعد المقاسمة أنه أنفق من القراض ، ونسي المحاسبة بها ، فقال في «المدونة»^(١) : لا يقبل قوله ، وقال في «الموازية» : يحلف ويكون ذلك له ، والشريك مثله .

وفهم من قوله : (بَعْدَ الْاِفْتِرَاقِ) أنه لو أقر قبله قبل ، وكذلك نص عليه في «المدونة» بشرط أن يقر لأجنبي لا يتهم عليه ، وأما المتهم عليه فلا .

قال في «المدونة»^(٢) : وإن أقر بدين من شركتهما لأبويه أو ولده أو جده أو جدته أو زوجته أو صديقه أو من يتهم عليه - لم يجز ذلك على شريكه ، وخرج اللخمي قولاً بصحة الإقرار لمن يتهم عليه من أحد القولين في إقرار من تبين فلسه لمن يتهم عليه ، قال : والمفلس أبين في التهمة ؛ لأنه ينزع ماله ويبقى مفلساً لا شيء له ، فيعطي ماله لمثل هؤلاء ليعيده إليه فيعيش به ، وليس للفرقة بأن هذا يبقى في ذمته ديناً وجه .

(١) «المدونة» (٢٤٨/١٣) .

(٢) «المدونة» (٢٤٨/١٣) .

فرع : واختلف إذا أقر أحدهما بعد موت الآخر ، فجعله ابن القاسم في «المدونة» شاهداً ، ولم يقبل قوله ، وقال : إذا قال الحي : رهنا متاع الشركة عند فلان ، وقال الورثة : بل أودعتها أنت إياه بعد موت ولينا ، فهو شاهد ، وللمرتهن أن يحلف معه ويستحق ، وقال سحنون : القول قول الشريك ، ويلزم الورثة ما أقر به .

اللخمي : وهو أصوب ، وليس الموت كالافتراق ؛ لأن الافتراق يكون عن محاسبة ومفاصلة وقطع الدعاوى ، والموت أمر طرأ قبل ذلك .

وَلَوْ أَقَامَ الْحَيُّ مِنْهُمَا بَيِّنَةً أَنَّ مِائَةَ مِنَ الْمَالِ كَانَتْ بِيَدِ الْمَيِّتِ فَلَمْ تُوَجَدْ وَلَا عُلْمٌ مُسْقَطُهَا ، فَإِنْ قُرِبَ مَوْتُهُ مِنْ قَبْضِهَا بِحَيْثُ لَا يَظُنُّ بِهِ إِشْغَالَهَا فِي الْمَالِ فَهِيَ فِي حِصَّتِهِ ، وَإِلَّا فَلَا

أي : الميت .

وقوله : (وإلا فلا) أي : فلا يلزمه شيء ؛ لأن الغالب أنه أدخله في مال التجارة ، وهذه المسألة تدل على أن الغالب مقدم على الأصل ، وهي كالتي بعدها ، أي قوله :

وَلَوْ أَقَرَّ الشَّرِيكَ أَنَّ بِيَدِهِ مِائَةَ مِنَ الْمَالِ فَفَرَّقَ ابْنُ الْقَاسِمِ بَيْنَ طُولِ الْمُدَّةِ وَقِصَرِهَا ، وَأَمَّا لَوْ شَهِدَ أَنَّهُ أَخَذَهَا لَمْ يَبْرَأْ إِلَّا بِالْإِشْهَادِ أَنَّهُ رَدَّهَا

قوله : (أقر) ظاهره والآخر حي ، والذي في «المدونة»^(١) : وإن مات أحد الشركاء فأقام صاحبه بيته أن مائة دينار من الشركة كانت عند الميت فلم توجد ولا علم مسقطها ، فإن كان موته قريباً من أخذها فيما يظن أنه لم يشغلها في تجارة - فهي في حصته ، وما تطاول وقته لم يلزمه ، أرأيت لو قالت البينة : قبضها منذ سنة ، وهما يتجران أيلزمه أو لا شيء عليه ؟ انتهى .

وقوله : (أمّا... إلخ) هذا ذكره ابن المواز مقيداً «للمدونة» ، وحاصله أن كلامه في «المدونة» مقيد بما إذا لم يشهدوا ، وأما إذا أشهد على نفسه بأخذ المائة فلا يبرأ إلا بالإشهاد أنه ردها ، طال ذلك أو قصر ، والظاهر أن مراد محمد بقوله : (أشهد) أن تكون البينة قصد بها التوثق كما قالوا في البينة التي لا يقبل دعوى المودع الرد معها ، وهو أن يأتي بشهود يشهدهم على دفع الوديعة للمودع ، وأما لو دفع بحضرة قوم ولم يقصد التوثق بشهادتهم - فلا ، ولأنه الذي يفهم من قول محمد ، وأما إن كان إقراره من غير قصد إشهاد - فكما ذكر ابن القاسم .

فروع : كتب شجرة إلى سحنون فيمن دفع عن أخيه - وهما مشتركان مفاوضة - صداق امرأته ، ولم يذكر من ماله ولا من مال أخيه ، فمات الدافع ، فقام ورثته ، فكتب إليه : إن دفع وهما متفاوضان ، ثم أقام سنين كثيرة ولا يطلب أخاه ، فهذا ضعيف ، وإن كان بحضرة ذلك - فذلك بينهما شطران ، ويحاسب به .

والرَّبْحُ عَلَى الْمَالِ ، وَالْعَمَلُ عَلَى نِسْبَتِهِ .

يعني : يشترط أن يكون الربح والعمل على نسبة المال ، فإذا كان لأحدهما الثلث - كان له من الربح الثلث ، ولا يجوز أن يزداد أو ينقص ، وكذلك العمل .

وَأَنَّ وَقَعْتَ عَلَى تَفَاضُلِ الرَّبْحِ أَوْ الْعَمَلِ فَسَدَتْ وَلَزِمَ التَّرَادُّ فِي الرَّبْحِ ، وَفِي الْعَمَلِ بِأَجْرَةِ الْمِثْلِ فِي نِصْفِ الزِّيَادَةِ
قوله : (فَسَدَتْ) أي : الشركة .

(وَلَزِمَ التَّرَادُّ) أي : التراجع ، فإذا دفع هذا ألفاً وهذا ألفين ، ودخلا على أن الربح والعمل متساويان ، فإن اطلع على ذلك قبل العمل فسخ ، وإلا رجع صاحب الألفين بفاضل الربح فيأخذ ثلثي الربح ، ويرجع صاحب الألف على صاحب الألفين بفاضل عمله ، فيأخذ سدس أجرة المجموع ، وهذا معنى قوله : (نِصْفِ الزِّيَادَةِ) ؛ لأن الذي يزيد به صاحب الثلثين الثلث .

ابن عبد السلام : وقيل : لا أجر لصاحب الثلث في الزيادة ، واختار اللخمي التفصيل : إن خسر فلا شيء له ، وإن ربح فله الأقل من أجرة المثل وما ينوب ذلك من الربح .

وَأَمَّا لَوْ تَبَّرَعَ أَحَدُهُمَا بَعْدَ الْعَقْدِ فَجَائِزٌ مِنْ غَيْرِ شَرْطٍ .

يعني : أن زيادة أحدهما على الآخر في الربح أو العمل إنما تفسد إذا وقع اشتراط ذلك في عقدة الشركة ، وأما لو تبرع أحدهما للآخر بعده فلا محذور ؛ لأنه محض هبة لا ترد لأجل الشركة .

خليل : وانظر هذا مع قولهم : إنه إذا باعه بمال ثم قال له : أخذت ذلك مني رخيصاً ، فزاده - أن الزيادة تلحق بالثمن ، أي : فيلزمه ردها إذا رد عليه المبيع بعيب ، ولأن لنا مسائل يعد فيها اللاحق للعقد كأنه واقع فيه .

وَكَذَلِكَ لَوْ أَسْلَفَهُ أَوْ وَهَبَهُ .

أي : في منع ذلك إن وقع في العقد وجوازه إن وقع بعده ، وانظر كيف عدى المصنف (وَهَبَ) بنفسه ، والمستعمل في كلام العرب إنما هو تعديته باللام ؛ كقوله تعالى : ﴿لَأَهَبَ لَكَ﴾ [مريم: ١٩] ، وقوله : ﴿هَبْ لِي﴾ [آل عمران: ٣٨] إلى غير ذلك .

وَالْقَوْلُ قَوْلٌ مَنْ يَدْعِي التَّلْفَ وَالْخُسْرَانَ وَمَا يَشْتَرِيهِ لِنَفْسِهِ .

لأن يد كل واحد منهما يد أمانة ، فلذلك كان القول قوله في التلف والخسران ، قال في «الجواهر»^(١) : ما لم يظهر كذبه ، وإن اتهم استحلف ، وإن قال : ابتعت منه سلعة وهلك صدق ، وينبغي أن يقيد قوله بعدم المعارض .

وقد نقل الباجي^(٢) عن بعض أصحابنا في العامل في القراض يدعي الخسارة ولم يبين وجهها - أنه يضمن .

وقوله : (وَمَا يَشْتَرِيهِ لِنَفْسِهِ) مأكولاً وملبوساً إذا كان يشبه ذلك حاله فيما يأكله ويكتسبه ، وهذا إنما هو في الأكل والكسوة .

ابن القاسم : وذلك بخلاف شرائه لنفسه شيئاً من العروض والرقيق ، هذا له أن يدخل معه فيه .

قال في «الجواهر»^(٣) : وإن قال : هذا المال من مال الشركة ، وخلص لي بالقسمة ، فالقول قول شريكه ؛ لأن الأصل عدم القسمة .

وَنَفَقَتُهُمَا وَكَسَوْتُهُمَا بِالْمَعْرُوفِ مُلْغَاةٌ فِي بَلَدٍ كَانَا أَوْ فِي بَلَدَيْنِ ، وَالسَّعْرُ وَاحِدٌ أَوْ مُخْتَلِفٌ ، وَقِيلَ : إِنَّمَا تُلْغَى فِي غَيْرِ أَوْطَانِهِمَا ، كَانَا بَعِيَالٍ أَوْ بَغِيرِ عِيَالٍ .

أي : نفقة الشريكين المتفاوضين ، والأول هو مذهب «المدونة» ، و (المعروف) ما لا سرف فيها .

وقوله : (كَانَا بَعِيَالٍ أَوْ بَغِيرِ عِيَالٍ) من تمامه لإتمام القول الثاني ، ومعناه أن النفقة إنما

(١) «الجواهر» (٧٧٩/٢) .

(٢) «المنتقى» (١١٧/٧) .

(٣) «الجواهر» (٧٧٩/٢) .

تلغى إذا كانا معا بعيال أو كانا معاً بغير عيال ، وهذا إنما هو في شركة المفاوضة ، وبقي عليه شرطان :

الأول : أن تكون الشركة بينهما على النصف ، وإن كان لأحدهما الثلثان وللآخر الثلث - لم ينفق صاحب الثلث من المال إلا بقدر جزئه ، ولم يجز أن ينفق بقدر عياله فيحاسب بذلك في المستقبل ؛ لأنه يأخذ من المال أكثر مما يأخذه صاحبه .

الثاني : أن تكون العيال متساوية أو متقاربة ، قاله ابن القاسم في رواية سليمان ، واكتفى المصنف عن هذا الشرط اعتماداً على ما يقوله بعد .

فإن كان لأحدهما عيال دون الآخر حسب كل واحد نفقته ، فإنه لا فرق بينهما .

وقوله : (وكسوتُهُمَا) لأنها تبع للنفقة ، ولهذا وقع في «وصايا ابن شعبان» فيمن أوصى لرجل بنفقته - أن له الكسوة .

وقوله : (والسَّعْرُ وَاحِدٌ أَوْ مُخْتَلِفٌ) نحوه في «المدونة»^(١) ، ولعل الموجب لذلك العادة وصعوبة ضبط مقدار النفقة كل يوم .

وقوله : (وقِيلَ) نحوه في «الجواهر» .

ابن عبد السلام : ولا أذكر قائله في المذهب ، ووجهه إن ثبت القياس على نفقة العامل في القراض ، ويلزم على هذا ألا تجب لهم الكسوة إلا في المال الكثير كالقراض .

ابن يونس : وينبغي إذا كان لكل واحد عيال واختلفت أسعار البلدين اختلافاً بيناً أن يحسب النفقة ؛ إذ نفقة العيال ليست من التجارة ، وقال اللخمي : ظاهر المذهب أنه لا التفات إلى اختلاف السعيرين ، والقياس - إذا كان البلدان قراراً لهما - : أن يحاسب من كان في البلد الغالي بما بين السعيرين ، فإن لم يكن واحد منهما في قراره لم يحاسب بما بين السعيرين ، وإن كان أحدهما ببلده - وهو أعلى - حوسب ، وإن كان الذي بغير بلده أعلى لم يحاسب .

وينبغي أن يقيد هذا بما إذا كان الشريكان متقاربين في النفقة والكسوة ، وأما إن كان أحدهما يقنع بالحرش من الطعام والغليظ من الثياب فيحسب كل واحد نفقته ، قاله ابن عبد السلام .

فَإِنْ كَانَ لِأَحَدِهِمَا عِيَالٌ دُونَ الْآخَرِ حَسَبَ كُلِّ وَاحِدٍ نَفَقَتَهُ .

تصوره ظاهر .

وَيَنْقَطِعُ التَّصَرُّفُ بِمَوْتِ أَحَدِهِمَا .

لأن المال بعد الموت للورثة ، وهذا ظاهر إن علم الحي بموت شريكه ، وأما إن لم يعلم فينبغي أن يجري ذلك على الخلاف إذا مات الموكل ، وسيأتي ذلك إن شاء الله تعالى .

وَإِذَا تَنَازَعَا فِي قَدْرِ الْمَالَيْنِ حُمِلَ عَلَى النِّصْفِ .

ابن عبد السلام : هذا قول أشهب في «الموازية» بشرط أن يحلف ؛ لأنه الغالب ولأنهما تساويا في الحياة واليمين .

وقال ابن القاسم في «الموازية» أيضاً : إذا قال أحدهما : لك الثلث ولي الثلثان ، وقال الآخر : المال بيننا نصفين ، وليس المال بيد أحدهما - فللمدعي الثلثين النصف ، والمدعي النصف الثلث ، ويقسم السدس بينهما نصفين ، وفي قول أشهب نظر ؛ لأن حلف مدعي الثلثين وأخذ النصف لا تحتمله الأصول .

وَفِي شَيْءٍ بِيَدِ أَحَدِهِمَا فَهُوَ لِلشَّرْكَةِ .

يعني : إذا تنازعا في شيء بيد أحدهما ، هل هو من مال الشركة أم لا ؟ فهو للشركة وهذه مسألة «المدونة» لكنها مفروضة فيها في قيام البينة بالمفاوضة لا في الإقرار ، لكن الظاهر أنه لا فرق بين البينة والإقرار ، ونص فيها على أن القول لمدعي الدخول إلا أن تقوم البينة للآخر .

بعض القرويين : وكذلك يجب إذا قام أحدهما البينة أن الآخر شريكه في جميع ما بأيديهما إلا ما قامت البينة أن ذلك لأحدهما كالمفاوضة ، ولا فرق بين اسم الشركة والمفاوضة ، إلا أن المفاوضة فيها إجازة بيع كل واحد منهما على صاحبه ، ونحوه لسحنون ، وظاهره أن الشهادة بمطلق الشركة مقتضية لذلك .

اللخمي : إن أقام رجل البينة على رجل أنه شريكه - لم يقض بالشركة في جميع أملاكهما ؛ لأن ذلك يقع على بعض المال وعلى جميعه ، وفي كتاب ابن سحنون : من أقر أنه شريك فلان في القليل والكثير - كانا كالمفاوضين في كل ما بأيديهما من التجارة ، ولا يدخل في ذلك مسكن ولا خادم ولا طعام ، فإن قال أحدهما : هذا المال الذي بيدي

ليس من الشركة ، وإنما أصبته من ميراث أو جائزة أو بضاعة لرجل أو ودیعة - صدق مع يمينه ، إلا أن يقيم الآخر البينة أنه من الشركة ، وأنه كان في يديه يوم أقر بالشركة - كان بينهما ؛ لأن العين من التجارة ، ولو كان بيده متاع من متاع التجارة وقال : ليس هو منها ولم يزل في يدي قبل الشركة ، كان بينهما ولم يصدق ، وقال : إن قال فلان شريكي ، ولم يزد ، ثم قال : إنما عنيت في هذه الدار أو الخادم ، صدق مع يمينه .

وإن قال في حانوت في يده : فلان شريكي فيما فيه ، ثم أدخل فيه عدلين وقال : ليس هما من الشركة .

وقال الآخر : قد كانا في الحانوت يوم إقراره ، كان القول قوله ، أنهما كانا فيه ، إلا أن يقيم الآخر بينة ، وقال سحنون أيضاً وأشهب : لا يكون بينهما ، ويصدق من قال : إنه أدخله بعد الإقرار ؛ لأن ما في الحانوت غير معلوم ، انتهى .

واختلف إذا شهد الشهود بالمفاوضة : هل يكتفى بذلك - وإليه ذهب ابن سهل - أو لابد أن يقول الشهود : أقر عندنا بالمفاوضة ، أو أشهد بها ، وإليه ذهب ابن العطار وابن دحون وابن الشقاق ؟ والأول أظهر إذا كان الشهود عالمين بما يشهدون به .

فرع : وإن قالت البينة : نعلم أنه ورثه ولا نعلم هل قبل المفاوضة أو بعدها ، فذلك له ، ولا يدخل في المفاوضة ؛ لأن الأصل عدم خروج الأملاك عن يد أربابها ، فلا ينتقل إلا بيقين .

ولو اشترى من المال جارية لنفسه خير الآخر في ردّها شركة كالمقارض لا كالمودع

أي : ولو اشترى أحد الشريكين من المال جارية لنفسه للوطء أو للخدمة ، قال في «المدونة» (١) : وأشهد على ذلك .

ابن يونس : يريد : ولم يطأها ، خير شريكه بين أن يجيز له ذلك أو يردها في الشركة .

قال في «المدونة» (٢) : وليس من فعل ذلك من المتفاوضين كغاصب الثمن أو متعد في ودیعة اشترى بها سلعة ، أو مقارض أو وكيل تعدى ، فرب المال مخير فيما اشترى : إن شاء أخذه أو تركه ؛ لأن هؤلاء أذن لهم في تحريك المال ، ولكل متعد سنة يحمل عليها .

(١) « تهذيب المدونة » (٣/٢١٧) .

(٢) « تهذيب المدونة » (٣/٢١٧) .

وَلَوْ وَطِئَ جَارِيَةَ الشَّرِكَةِ فَلِلْآخِرِ تَقْوِيمُهَا أَوْ إِبْقَاؤُهَا ، وَقِيلَ : تَعَيَّنَ مُقَاوَمُهُمَا لَهَا ،
 وَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ : تَعَيَّنَ إِنْ كَانَ فِي شَرِكَةٍ مُفَاوِضَةً ، أَمَا لَوْ كَانَ يَأْذِنُهُ تَعَيَّنَ التَّقْوِيمُ
 لشراء الجارية ثلاثة أوجه :

الأول : أن يشتريها لنفسه ، وهو الوجه المتقدم .

الثاني : أن يشتريها للوطء بإذن شريكه ، فلا شك أن شريكه أسلفه نصف ثمنها ، وأن ربحها له وعليه نقصها .

الثالث : أن يشتريها للتجارة ثم يطؤها ، فإن وطئها بإذن شريكه فكالأمة المحللة وإليه أشار بقوله آخرأ : (أَمَا لَوْ كَانَ يَأْذِنُهُ تَعَيَّنَ التَّقْوِيمُ) وإن لم يأذن ولم تحمل ، فذكر المصنف ثلاثة أقوال ، وتصورها من كلامه ظاهر .

الأول : أن الشريك بالخيار إن شاء قومها وإن شاء أبقاها على الشركة ، وهو قول غير ابن القاسم في «المدونة» ، لكن في نقله نظر ؛ لأن مقتضى «المدونة» إنما هو التخيير في إبقائها على الشركة أو إمضائها بالثمن لا بالقيمة .

والقول الثاني : أنهما يتقاويانها خاصة ؛ أي : يتزايدان فيها إلى أن تقف على أحدهما ، وهو ظاهر قول مالك في «المدونة» .

ابن القاسم : متمماً له : وإن شاء الشريك نقدها لشريكه الذي وطئها بالثمن الذي اشتراها به ، فإن لم ينقدها بالثمن الذي اشتراها به وقال : لا أقاويها ، ولكن أردتها في الشركة ، لم يكن له ذلك ، وعلى هذا يقيد كلام المصنف بما إذا لم يرد الشريك إمضاءها بالثمن ، ويحتمل أن يريد بالقول الثاني ما نقله ابن يونس وغيره عن ابن المواز أن المقاواة إنما تكون بين الشريكين في هذه الأمة إذا أراد المقاواة قبل الوطء ، فأما إذا وطئ أحدهما فقد لزمته القيمة إن شاء شريكه ، وأما إن حملت فلا بد من القيمة في يسر ، شاء شريكه أو أبي ، ولم أقف على القول الثالث .

واختار اللخمي التفرقة بين أن يكون الشريك فعل ذلك جهلاً معتقداً للجواز - فيجوز بقاؤها على الشركة وتحت أيديهما ، وبين أن يكون وطؤه لها وهو عالم بتحريم فعله - فلا يجوز إبقاؤها على الشركة إلا أن تكون بيد الشريك الآخر ، بشرط أن يكون مأموناً ، واحتج بما قاله ابن القاسم في كتاب المدنيين فيمن وطئ أخته من الرضاع بملك اليمين : أنها

تباع عليه إن كان عالماً ، وإن ظن جواز ذلك ولم يتهم على العودة لم تبع ، وتعقب التونسي قول ابن المواز المتقدم : (إنما تكون المقاواة في هذه الأمة . . . إلخ) فقال : وقوله : (إنما تكون المقاواة قبل الوطاء) صواب .

وقوله : (إذا وطئ فقد لزمته القيمة إن شاء شريكه) إن كان مراده أن الشريك قد أذن له في الوطاء - فتجب القيمة من غير توقف على مشيئة الشريك الآخر ، كالأمة المحللة ، وإن كان بغير إذنه فهو متعد إن شاء صاحبه أمضاها وإن شاء قاواه فيها .

واعلم أن الأمة المشتراة للتجارة ثم يطؤها على ضربين :

أحدهما : أن يشتريها للتجارة من غير قصد وطاء ، ثم يطؤها .

والثاني : أن يشتريها ليطأها على أن الخسارة والريح فيها على المال ، وهذه الثانية هي التي ذكر فيها في «المدونة» الخلاف ، وأما الأولى فيخير شريكه بين مطالبته بالقيمة أو تركها بينهما إن لم تحمل ، هكذا قاله جماعة من علمائنا رضي الله عنهم .

وفي قوله : (أَمَّا لَوْ كَانَ يَأْذِنُهُ تَعَيَّنَ التَّقْوِيمُ) الإتيان بجواب أما من غير فاء ، وهو لا يكون إلا نادراً ، كقوله ﷺ : « أما بعد : ما بال رجال »^(١) وقد كثر هذا في كلام المصنف فتبعه .

فَلَوْ حَمَلَتْ قَوْمَتٌ .

يعني : أن ما تقدم إنما هو إذا وطئت ولم تحمل ، وأما إن حملت فإنها تقوم ، وهذا صحيح إن كان الشراء للوطء بإذن الشريك ، أو اشترت للتجارة خاصة ووطئها أحدهما بإذن الآخر ، وأما إن وطئها بغير إذن فيفصل فيها - على ما علم من المشهور - بين أن يكون الواطئ مليئاً أو معدماً .

وَلَوْ اشْتَرَى مِنَ الْمَالِ مُؤَنَةً أَوْ كِسْوَةً مُعْتَادَةً لِنَفْسِهِ فَهِيَ لَهُ إِذْ عَلَى ذَلِكَ دَخَلَ بِخِلَافِ نَفْسِهِمَا

يعني : لو اشترى أحد المتفاوضين من المال مؤنة أو كسوة له أو لعياله مما يليق به ، وهو مراده بقوله : (مُعْتَادَةً) فذلك له ، ولا كلام لشريكه فيه ؛ لأن كلا منهما دخل على

(١) أخرجه البخاري (٢٠٦٠) ومسلم (١٥٠٤) من حديث عائشة رضي الله عنها .

ذلك ، قال في «المدونة»^(١) بعد أن ذكر كسوة العيال : تلغى إلا كسوة لا يتدلها العيال كوشي ونحوه ، فهذا لا يلغى .

ابن المواز : ولا يلزم ذلك إلا من اشتراه ، وقال سحنون : تكون الثياب بينهما .

ابن يونس : يريد إن شاء ذلك شريكه لرجاء فضل الثياب أو غير ذلك .

قوله : (نَفَيْسِهِمَا) أي : أجودهما .

وَشَرْطُ شَرِكَةِ الْعَمَلِ الْإِتِّحَادُ فِيهِ وَفِي الْمَكَانِ .

لما انقضى كلامه على شركة الأموال أتبعه بشركة الأبدان ، ولا خلاف عندنا في

جوازها .

ولجوازها شروط :

أولها : أن يتحد العمل ، فلا يجوز أن يشترك مختلفا الصنعة كصباغ ونجار ؛ لما في ذلك من الغرر ؛ إذ قد تنفق صنعة أحدهما دون الآخر ، فيأخذ من لم تنفق صنعته من غير عمل ، أبو عبد الله الذكي : ولو كان المعلمان أحدهما قارئ والآخر حاسب واشتركا على أن يقتسما على قدر عمليهما فيجري ذلك مجرى جمع الرجلين سلعتيهما في البيع ، وعلى هذا تجوز الشركة بين مختلفي الصنعة إذا كانت الصنعتان متلازمتين ، ونص اللخمي على الجواز فيما إذا تشاركا وأحدهما يحيك والآخر يخدم ويتولى ما سوى النسج إذا تقاربت قيمة ذلك ، قال : وليس ذلك كالصنعتين المختلفتين ؛ لأنهما هنا إما أن يعملتا جميعاً أو يعطلا جميعاً ، ولم يكن هذا غرراً ، وعلى مثل هذا أجازت الشركة في طلب اللؤلؤ ، أحدهما يطلب الغوص والآخر يقذف أو يمك عليه إذا كانت الأجرة سواء .

ثانيها : أن يتحد المكان ، والعلة فيه كالأولى ؛ لأنه يحتمل أن ينفق أحد المكاين دون الآخر ، وأجاز في «العتبية» كونهما في مكاين إذا اتحدت الصنعة .

عياض : وتأوله شيوخنا على أنهما يتعاونان في الموضوعين ، وأن نفاق صنعتيهما في الموضوعين سواء ، وعلى هذا فيكون الخلاف وفاقاً «للمدونة» ؛ إذ ليس المقصود الجلوس في موضع إلا لتقارب استوائيهما ، وحمل اللخمي «العتبية» على الخلاف ، وهذان الشرطان هما اللذان ذكرهما المصنف .

(١) «تهذيب المدونة» (٣/٢١٦) .

والثالث : أن يتساويا في الصنعة أو يتقاربا ، وإلا فلا تجوز الشركة إلا على قدر التقارب، كما لو كان أحدهما يعمل قدر الآخر مرتين ، ويكون بينهما على الثلثين والثلث .

اللخمي : ولو تباينا في الجودة والرداءة وكان أكثر ما يصنعه الأدنى - جازت شركتهما؛ لأن صاحب الأعلى يعمل الأدنى ، ولا حكم للقليل ، وإن كان الأكثر هو الأعلى أو كان كل واحد كثيراً - لم يجز ؛ لأنه غرر وتفاضل .

الشرط الرابع : أن يكون في اشتراكهما تعاون ؛ ففي العتبية سئل عن صيادين معهم شبك ، فقال بعضهم لبعض : تعالوا نشترك فما أصبنا فهو بيننا ، فضرب أحدهم شبكة فأخرج صيداً وأبى أن يعطي الآخرين ، فقال : ذلك له ، وليس لهما فيما أصاب شيء ؛ لأنها شركة لا تحل .

قال في «البيان»^(١) : لأن شركة الأبدان لا تجوز إلا فيما يحتاج الاشتراك فيه إلى التعاون ؛ لأنهم متى اشتركوا على أن يعمل كل واحد منهم على حدة - من الغرر البين .
الخامس : أن تكون قسمتهما على قدر عملهما .

فَإِنْ كَانَتْ الْأَدَاةُ لِأَحَدِهِمَا فَلَهُ الْأَجْرُ ، وَيَجُوزُ التَّطَوُّعُ بِالتَّافِهِ مِنْهَا .

يعني : أن ما قدمه إنما هو في الصنعة التي لا آلة لها ، أو لها آلة ولكن لا قدر لها كالخياطة ، وأما إذا كانت تحتاج إلى آلة كالصبغة والنجارة والصيد بالجوارح ، فيزداد اشتراط أن يشتركا في الآلة بالملك أو الإجارة من غيرهما ، وهل يجوز أن يؤاجر أحدهما نصف الآلة من صاحبه ؟ عياض وغيره : وهو ظاهر الكتاب .

ابن عبد السلام : وهو المشهور ، وعليه اقتصر المصنف ، وهو معنى قوله : (فَإِنْ كَانَتْ الْأَدَاةُ لِأَحَدِهِمَا فَلَهُ الْأَجْرُ) ولابن القاسم وغيره المنع إلا بالتساوي في الملك والكراء من غيرهما .

واختلف إذا أخرج كل واحد منهما آلة مساوية لآلة الآخر ، هل يكتفى بذلك وهو قول سحنون ، أو لابد أن يشتركا في الآلة ليضمناها ، لكن إن وقع مضى ، وهو ظاهر «المدونة»؟ واختلف في تأويلها على ذلك .

(١) «البيان والتحصيل» (١٢/٣٢) .

وقوله : (وَيَجُوزُ التَّطَوُّعُ بِالتَّافِهِ مِنْهَا) ، قال في «المدونة»^(١) : كقصيرية ومدقة يتطوع بها أحد القصارين على الآخر ، والأداة هي الآلة ، وهي الوساطة بين الفاعل والمنفعل .

ولا تصحُّ شركةُ الوجوه ، وفُسِّرَتْ بأنَّ يبيِعَ الوَجِيهَ مَالِ الخَامِلِ ببَعْضِ رِبْحِهِ ، وقيلَ : هِيَ شَرِكَةُ الذَّمِّ - يَشْتَرِيَانِ وَيَبِيَعَانِ والرِّبْحَ بَيْنَهُمَا مِنْ غَيْرِ مَالٍ ، وَكِلْتَاهُمَا فَاسِدَةٌ ، وَتُفْسَخُ

يعني : أن شركة الوجوه اتفق على منعها ، واختلف في تفسيرها ، والتفسير الأول نسبة في «الجواهر»^(٢) لبعض العلماء ، والثاني لعبد الوهاب ، وفسدت في تفسير الأول لما في ذلك من الإجارة المجهولة والتدليس على الغير ؛ وذلك لأن كثيراً من الناس يرغب في الشراء من أملياء السوق لاعتقادهم أن الأملياء إنما يتجرون في جيد السلع ، وأن فقراءهم على العكس ، فإذا دفع الفقير سلعته للوجيه بجزء من الربح - كان إجارة بشيء مجهول ، وأما التدليس فهو إيهام المشتري .

ابن عبد السلام : وقد كره جماعة من أهل المذهب خلط البلدي من السلع بالمجلوب ، وإن كانت صفتها واحدة ، وكذلك منع أهل المذهب أيضاً خلط سلعة من غير التركة بها ، ومنعوا أن يخرج التاجر من أهل السوق سلعة من حانوته فيبيعها على أنها ليست من سلع تجار السوق .

وفسدت في التفسير الثاني ؛ لأن ذلك من باب : تحمل عني وأتحمل عنك ، وأسلفني وأسلفك ، فيكون من باب الضمان بجعل ، والسلف بزيادة .

وقوله : (يَشْتَرِيَانِ وَيَبِيَعَانِ) يشترط ألا يكون ذلك في معين ، وأما الاشتراك في سلعة معينة فهو جائز كما تقدم .

وقوله : (وَكِلْتَاهُمَا فَاسِدَةٌ ، وَتُفْسَخُ) ظاهر ، وهو كالتأكيد لقوله : (وَلَا تَصِحُّ) .
وَمَا اشْتَرِيَاهُ فَبَيْنَهُمَا عَلَى الأشْهَرِ .

يعني : وما اشترياه أو أحدهما في شركة الذمم - فهو بينهما على الأشهر ، يريد : قبل أن يعثر على ذلك ، وقيل : بل من اشتري شيئاً فهو له ، والأشهر لابن القاسم في «المدونة» ، وبه قال أصبغ وغيره ، ومقابلته لسحنون ، والأشهر أظهر ؛ لأن كلا منهما

(١) «تهذيب المدونة» (٢٠٦/٣) .

(٢) «الجواهر» (٧٧٩/٢) .

وكيل عن صاحبه ، لكن بعوض فاسد ، وفساد العوض في الوكالة لا يوجب للوكيل ملك ما اشتراه باتفاق ، وقاله اللخمي .

وَأَمَّا اشْتَرَى هَذِهِ السَّلْعَةَ لِي وَلَكَ فَوَكَّالَةٌ مَقْصُورَةٌ وَإِنْ حَصَلَتْ الشَّرِكَةُ كَمَا لَوْ اشْتَرَى مِنْهُ جُزْءَهَا أَوْ وَرَثَاهَا

قوله : (فَوَكَّالَةٌ مَقْصُورَةٌ) أي : فلا يكون له البيع إلا بإذنه ، كما لو اشترى منه جزء سلعة أو ورثها عن أب أو غيره ، وهو ظاهر .

وانظر كيف أولى المصنف (أَمَّا) فعلاً ، وإنما يليها اسم أو حرف ، ولعله على إضمار اسم ، تقديره : (وأما قوله : اشترى) .

فروع : فلو قال : اشتر لي ولك بشرط أن تنقد عني ، لكنت شركة مستلزمة للسلف ، لكن لمالك في «الموطأ»^(١) - في الرجل يقول لآخر : اشتر هذه السلعة بيني وبينك ، وانقد عني وأنا أبيعها لك - : إن ذلك لا يصح حين قال : انقد عني وأنا أبيعها لك ، وإنما ذلك سلف يسلفه إياه على أن يبيعها له .

وظاهره أنه لولا قوله : أبيعها لك ، لجازت المسألة ؛ لأنه معروف صنعه أحدهما مع صاحبه من غير عوض ، وهو سلفه له الثمن مع تولي الشراء عنه ، وإنما دخل الفساد لمقابلة البيع بالسلف .

وإذا وقعت مسألة مثل هذه فقال الباجي^(٢) : تكون السلعة بينهما ، وليس له بيع حظ المسلف من السلعة إلا أن يستأجره بعد ذلك استئجاراً صحيحاً وعليه ما أسلفه نقداً ، وإن كان قد باع فله جعل مثله في نصيب المسلف ، ولو ظهر عليه قبل النقد لأمسك المسلف ولم ينقد ، وهما في السلعة شريكان يبيع كل واحد منهما نصيبه إن شاء أو يستأجر عليه إن كان السلف من جانب متولي الشراء ، وأما إذا كان السلف من جانب من لم يتوله ، فقال ابن عبد الحكم : اختلف قول مالك في الذي يسلف رجلاً سلفاً ليشركه وذلك منه على وجه الرفق والمعروف ، قال ابن القاسم : فأجازته مالك مرة وكرهه مرة ، واختار ابن القاسم جوازه .

(١) «الموطأ» (٢/٦٧٦) .

(٢) «المنتقى» (٧/١٢٣) .

وإن كان سلفه لبصيرته في التجارة وتشاركها على ذلك - لم يجز ؛ لأنه سلف جر نفعاً .
قال في «البيان»^(١) : ولا خلاف في الجواز إذا صحت النية في ذلك ، ولا في عدمه إذا قصد منفعة نفسه ، وإنما الخلاف إذا لم يقصد .

وَمَا لَوْ اشْتَرَى سَلْعَةً فِي سَوْقِهَا لِلْبَيْعِ لَا لِلْقَنِيَةِ وَلَا لِلسَّفَرِ ، وَغَيْرُهُ مِنْ أَهْلِهَا حَاضِرٌ لَمْ يَتَكَلَّمْ فَإِنَّهُ يُجْبَرُ لَهُ إِنْ شَاءَ مَا لَمْ يَبَيِّنْ أَنَّهَا لَهُ خَاصَّةٌ

هذه المسألة تلقب بشركة الجبر ، واتفق مالك وأصحابه على القول بها ، وقضى بها عمر رضي الله عنه .

وقوله : (سَلْعَةً) ظاهره سواء كانت طعاماً أو غيره ، وهو قول ابن القاسم وغيره ، ورأى أشهب أن ذلك في الطعام فقط .

وظاهر قوله : (فِي سَوْقِهَا) أنه لو اشتراها في الأزقة لا يكون الحكم كذلك ، وهو قول أصبغ وغيره ، وقال ابن حبيب : لا فرق بين السوق والزقاق .

وقال في «البيان»^(٢) : وأما ما ابتاعه الرجل في داره أو حانوته فلا شركة لأحد معه فيه ممن حضر الشراء باتفاق .

وقوله : (لِلْبَيْعِ) أي : لبيعها أو ليجرها فيها في البلد نفسه ، وأما لو اشتراها للقنية أو لیسافر بها إلى غير البلد - فلا شركة لغيره معه فيها ، وإذا زعم أنه لم يشتر للتجارة صدق مع يمينه ، إلا أن يتبين كذبه لكثرة ما اشتراه أو غير ذلك .

وقوله : (وَغَيْرُهُ مِنْ أَهْلِهَا) هي جملة في موضع الحال ، وظاهر كلامه إنما يكون ذلك لتجار تلك السلعة ، وهو قول أصبغ وابن حبيب ، وقال ابن الماجشون : ذلك لجميع التجار .

وقوله : (فَإِنَّهُ يُجْبَرُ) ؛ أي فإن المشتري يجبر لغيره على الشركة إن شاء الغير ذلك ، إلا أن يبين الأخذ أنه إنما أخذها له فقط ، فلو قال التجار لمتولي الشراء : أشركنا في هذا ، فقال : نعم ، أو سكت - فبعضى لهم عليه إن طلبوا بعد ذلك الدخول عليه وامتنع ، ويقضى له هو عليهم إن طلب منهم الدخول معه لظهور الخسارة ، وإن قالوا له - وهو

(١) «البيان والتحصيل» (٦/١٢) .

(٢) «البيان والتحصيل» (٤٩/١٢) .

يسوم - : أشركنا واشتر علينا ، فسكت وذهبوا ، فاشترى بعد ذهابهم ثم سألوه - لم يلزمه ويحلف : ما اشترى عليهم ، فلو طلبهم هو لزمهم بسؤالهم ، وإن زعم فيما اشتراه أنه لم يشتره للتجارة فهو مصدق في ذلك مع يمينه ، إلا أن يتبين كذبه لكثرة ما اشتراه أو غير ذلك .

وَالْمُشْتَرِكُ مِمَّا لَا يَنْقَسِمُ يَلْزَمُهُ أَنْ يُعْمَرَ أَوْ يُبَاعَ وَإِلَّا بَاعَ الْحَاكِمُ بِقَدْرِ مَا يُعْمَرُ .

يعني : إن كان بين شريكين من الربع ما لا يحكم بقسمته ، واحتاج ذلك الربع إلى إصلاح وشبهه ، فيلزم من أبى العمارة أن يعمر أو يبيع لمن يعمر ، فإن فعل وإلا باع الحاكم عليه بقدر ما يعمر .

ابن عبد السلام : وظاهر إطلاقاتهم أن للقاضي بيع جميع نصيب الأبى مع شريكه ، ويترجح هذا بأن فيه تقليل الشركاء ؛ إذ يلزم مما قاله المصنف كثرة الضرر لكثرة الشركاء ؛ لأنه إذا بيع بعض نصيب الأبى من ثالث صاروا ثلاثة شركاء بعد أن كانوا اثنين إلا أن يقال : فإنه إنما أبيع البيع للضرر الحاصل ، وذلك يرتفع بقدر الحاجة .

قوله : (وَالْمُنْقَسِم) هو قسيم قوله : (مِمَّا لَا يَنْقَسِمُ) أي : وإن كان مما يقبل القسمة قسم ، وهو ظاهر .

وَيُجْبَرُ الْعَلُو السُّفْلَ عَلَى الْبِنَاءِ أَوْ الْبَيْعِ .

يعني : ويجبر صاحب العلو صاحب السفلى أن يبني سفله أو يبيعه لمن يبنيه إذا خاف صاحب العلو على علوه السقوط .

ابن عبد السلام : وقوله : (أَوْ الْبَيْعِ) يحتمل أن تكون (ال) للتعريف ؛ أي : لتعريف الحقيقة ، ويكون المعنى كما ذكرنا أنه ظاهر إطلاقاتهم في المسألة السابقة ، وكذلك ظاهر إطلاقاتهم هنا .

ويحتمل أن تكون للعهد ؛ أعني البيع السابق في كلامه .

ابن القاسم : ويخير صاحب السفلى بين أن يبني أو يبيعه لمن يبنيه .

وقال سحنون : إنما يجوز البيع على هذا للضرورة إذا كان البائع لا مال له ، ولو كان

له مال لم يجز البيع بشرط البناء ، يريد ويجبر على أن يبني .

ابن العطار : يجبر صاحب السفلى على البناء إلا أن يختار صاحب العلو أن يبنيه من ماله ، ويمنع صاحب السفلى من الانتفاع به حتى يعطيه ما أنفق .
وَيَعْلَقُ السُّفْلُ الْعُلُوَّ .

يعني : إذا وهي الأسفل واحتاج العلو إلى تعليق فهو على صاحب السفلى ؛ لأن التعليق كالبناء ، وبناء الأسفل على صاحبه ، فكذلك ما يتنزل منزلته ؛ لكونه قد وجب عليه حملة ، وهذا هو المعروف ، وهو مذهب «الرسالة» .
وحكى اللخمي قولاً أنه على صاحب العلو ، واستحسنه .
وَالسَّقْفُ عَلَيْهِ وَيُحْكَمُ لَهُ بِهِ لَوْ تَنَازَعَاهُ .

يعني : والسقف على صاحب السفلى ، ولذلك لو تنازعا حكم له به ، وحكى الإجماع عليه ، واستأنس لذلك بقوله تعالى : ﴿ لِيُبَيِّنَ لَهُمُ السَّقْفَ ﴾ [الزخرف: ٣٣] ، فأضاف السقف إلى البيت ، والبيت لصاحب السفلى ، فالسقف له .
أشهب : وكذلك الباب على صاحب السفلى .

فروع : وأما إن كان سبب الانهدام وهاء العلو فإن كان صاحب السفلى حاضراً عالمياً ولم يتكلم على ذلك - لم يضمن ، واختلف إذا كان صاحب السفلى غائباً ، وكان وهاء العلو مما يخشى سقوطه ، فهل يضمن ، أو لا يضمن لأنه لم يتقدم إليه ؟
اللخمي : والأول أحسن ، وإن تقدم إليه ولم يفعل - ضمن بالاتفاق ، وكذلك إذا كان سبب الانهدام وهاء السفلى ، وصاحب العلو حاضر ، ولم يتقدم إليه ، أو كان غائباً .
وَتَعْلِيقُ الْأَعْلَى عَلَى الْأَوْسَطِ .

لأن الأعلى مع الأوسط كالعلو مع السفلى .
وَالسَّلْمُ عَلَى الْأَعْلَى مِنَ الْأَوْسَطِ ، وَيُخْرَجُ عَلَيْهِ عَلَى الْأَوْسَطِ ، مِنَ السُّفْلِ ، وَقِيلَ :
كَالسَّقْفِ

السلم الأدراج التي يصعد بها صاحب العلو إلى علوه ، وكان على الأعلى من الأوسط ؛ لأن السلم إنما ينتفع به صاحب الأعلى ، وهذا القول لابن القاسم في «مختصر ابن عبد الحكم» ، وخرج عليه على الأوسط من السفلى ، وهو تخريج صحيح .

وقوله : (وَقِيلَ : كَالسَّقْفِ) ؛ أي فيكون السلم للأوسط على صاحب السفلى ، وللأعلى على صاحب الأوسط بمنزلة السقف ، وهذا القول حكاه ابن أبي زيد عن بعض القرويين .

وَلَيْسَ لِصَاحِبِ الْعُلُوِّ أَنْ يَزِيدَ .

أشهب : إلا الشيء الخفيف الذي لا يضر ، وكذلك أيضاً إذا انكسرت خشبة من العلو ، فليس له أن يعمل خشبة أثقل من الأولى ثقلاً يضر بالحدار .

وَكُنْسُ مِرْحَاضِ السُّفْلِ قِيلَ : عَلَى السُّفْلِ ، وَقِيلَ : عَلَى الْجَمِيعِ عَلَى عَدَدِ الْجَمَاجِمِ .

والأول لابن القاسم وأشهب ، ووجهه أنها لصاحب السفلى ، وإنما لصاحب العلو الارتفاق بها كالسقف .

والقول الثاني لابن وهب وأصبغ ، وهو أظهر .

ابن أبي زيد : وأخذ بعض من ولي الحكم من متأخري أصحابنا بقول ابن وهب إذا كانت البئر محفورة في الفناء ، وبالأول إذا كانت البئر محفورة في رقة الدار .

قال : ويجري القول في المرحاض بين الدارين على القول في العلو والسفل فيمن له رقة البئر أو ليست له على الاختلاف في ذلك .

وَإِذَا انْهَدَمَتِ الرَّحَى الْمُشْتَرَكَةُ فَأَقَامَهَا أَحَدُهُمْ إِذَا أَبِي الْبَاقُونَ فَعَنَ ابْنُ الْقَاسِمِ : الْغَلَّةُ كُلُّهَا لِمُقِيمِهَا وَعَلَيْهِ أُجْرَةُ نَصِييهِمْ خَرَاباً ، وَعَنْهُ أَيْضاً : يَكُونُ شَرِيكاً فِي الْغَلَّةِ بِمَا زَادَ بَعْمَارَتَهُ ، فَإِذَا كَانَتْ قِيمَتُهَا عَشْرَةَ وَبَعْدَ الْعِمَارَةِ خَمْسَةَ عَشَرَ فَلَهُ ثُلُثُ الْغَلَّةِ بَعْمَارَتِهِ ، وَالْبَاقِي بَيْنَهُمْ ثُمَّ مَنْ أَرَادَ أَنْ يَدْخُلَ مَعَهُ دَفَعَ مَا يَنْوِبُهُ مِنْ قِيمَةِ ذَلِكَ يَوْمَ دَفَعَهُ ، وَقِيلَ : الْغَلَّةُ بَيْنَهُمْ وَيَسْتَوْفِي مِنْهَا مَا أَنْفَقَ

الباء في قوله : (بَعْمَارَتِهِ) للسببية ، والقول الثالث يروى عن ابن القاسم أيضاً ، وهو قول ابن الماجشون ، وبالقول الثاني قال ابن دينار .

ابن عبد السلام : والثالث أقوى الأقوال عندي : والثاني ضعيف للشراء بغير اختيارهم ، أو يتفرد بأكثر الغلة عنهم ، وهو أقوى من الأول الذي حجر عنهم ملكهم ، ولم يجعل لهم فيه إلا أجره الخراب .

فإن قيل : والثالث أيضاً ضعيف ؛ لأن متولي النفقة أخرج من يده ما أنفق دفعة واحدة ويأخذه مقطوعاً من الغلة .

قيل : هو الذي أدخل نفسه في ذلك اختياراً ، ولو شاء لرفعهم إلى القاضي فحكم عليهم بما قاله عيسى بن دينار عن مالك : إما أن يبيعوا ، أو يصلحوا ، أو يبيعوا ممن يصلح .

ولكل المنع في الجدار المشترك .

يعني : لكل واحد من الشريكين منع شريكه من التصرف في الجدار المشترك حتى يأذن له شريكه كسائر الشركات .

وفي جبر من أبي القسمة قولان .

الجبر لابن القاسم في «المدونة» بشرط عدم الضرر في ذلك ، قيل له : فإن كان لكل واحد جذوع ، قال : إذا كان جذوع هذا من هنا ، وهذا من هنا لم يستطع قسمته ، ولكن يتقاويها ، بمنزلة ما لا ينقسم من العروض والحيوان ، والقول بعدم الجبر نسبه للرخمي لأشهب ، قال ابن القاسم : لأن قسمته ضرر على من أبي ، وليس منه شيء إلا وله فيه مرفق يضع فيه خشبه ، ويضرب فيه وتده ، ويربط فيه دابته ، انتهى .

ونسبه غيره لمطرف وابن الماجشون قالوا : لا يقسم إلا عن تراض ، مجردا كان أو حاملاً .

واستشكل اللخمي قول ابن القاسم إذا كان لكل منهما عليه جذوع لا تمكن قسمته قال : لأن الحمل عليه لا يمنع القسم كما لا يمنع قسمة العلو والسفل ، وحمل العلو على السفل ، ورأى أن يقسم طائفتين على أن من صارت إليه طائفة كانت له ، وللآخر عليه الحمل ، وقد أجاز ابن القاسم المقاواة ، وإنما تصح المقاواة على أن من صار إليه الحائط كان ملكه له وللآخر عليه الحمل ، وإذا جازت المقاواة على هذه الصورة والصفة - كانت القسمة أولى .

ابن العطار : اختلف في صفة قسمته ، فعند ابن القاسم : يمد الحبل بينهما فيه طولاً لا ارتفاعاً من أوله إلى آخره ، ويرسم موقف نصف الحبل ، ويقرع بينهما ، ويكون لكل منهما الجانب الذي تقع عليه قرعته ، وقال عيسى بن دينار : يقسم بينهما عرضاً فيأخذ كل منهما نصفه مما يليه .

وَإِذَا أَنهَدَمَ فَنِي جَبْرٍ مِنْ أَبِي عِمَارَةَ: قَوْلَانِ.

حكى ابن الجلاب^(١) القولين روايتين ، فقال : وإذا انهدم الحائط المشترك ، وكان شركة بين اثنين ، فأراد أحدهما بناءه وأبى الآخر ، ففيها روايتان : إحداهما : أنه يجبر الذي أبى على بنائه مع شريكه .

والأخرى : أنه لا يجبر عليه ، ولكن يقتسمان عرصه الحائط ونقضه ، ثم يبني من شاء منهما لنفسه .

فَلَوْ هَدَمَهُ أَحَدُهُمَا ضَرَرًا رَدَّهُ كَمَا كَانَ ، وَإِلِصَّاحِ قَوْلَانِ .

حاصله أنه إن هدمه أحدهما ضرراً لزمته إعادته كما كان اتفاقاً ، واختلف إذا كان على غير وجه الضرر ، وهو معنى قوله : (وإلصاح قولان) ومقتضى كلامه أنه في الجدار المشترك ، وهو ظاهر كلامه في «الجواهر»^(٢) ، ولم ينقل ابن يونس هذا إلا فيما إذا كان الحائط لأحدهما ، فإنه قال في «العنبيّة» : وإن كان لأحدهما فهدمه ربه أو انهدم من غير فعله - وهو قادر على رده - فتركه ضرراً ، أجبر على رده ، وإن كان ضعف عن إعادته عذر ، وقيل للآخر : استر على نفسك إن شئت .

ابن القاسم : وإن انهدم بأمر الله تعالى لم يجبر على إعادته ، وكذلك لو هدمه هو لوجه منفعة ثم عجز عن ذلك أو استغنى عنه ، فإنه لا يجبر على رده ، ولو هدمه لضرر جبر على رده ، وقال ابن سحنون عن أبيه : لا يجبر ربه على بنائه إذا انهدم في قول ابن القاسم .

ابن يونس : وإذا كان لأحدهما فطلب هدمه لم يكن له ذلك إلا أن يعلم أنه لم يرد به الضرر ، فإن خيف سقوطه فهدمه - لم يجبر على رده ، فإن انهدم بغير فعله لم يجبر على بنائه .

ابن حبيب : قال مطرف وابن الماجشون : وليس لربه هدمه ، وإن فعل لزمه إعادته ؛ لأنه مضر ، ولو قال : أنا محتاج إلى هدمه ، نظر في ذلك ، فإن تبين صدقه ترك ليصلح على نفسه وأمر بإعادته للسفرة التي قد لزمته ، وقال أصبغ : له أن يهدمه لمنفعة أو لغير منفعة ، ويفعل ما أحب ، ولا أقول به .

(١) «التفريع» (٢/٣٢٤) .

(٢) «الجواهر» (٢/٧٨٠) .

وَعَلَى الْجَارِ أَنْ يَأْذَنَ فِي الدُّخُولِ لِإِصْلَاحِ حَائِطٍ وَشِبْهِهِ .

إنما كان ذلك عليه ارتكاباً لأخف الضررين .

بعض أصحابنا : وليس لصاحب هذا الجدار أن يطينه من دار جاره ؛ لأن ذلك يزيد في غلظ الجدار ، وعد بعض العلماء من غير أهل المذهب هذا من باب الورع .

سحنون : وإن وقع ثوب لك في دار جارك فعليه أن يأذن لك في الدخول لتأخذه أو يخرج لك به .

وَيُنْدَبُ إِلَى إِعَارَةِ الْجِدَارِ .

لما في الصحيحين و «الموطأ» : « لا يمنع أحدكم جاره أن يغرز خشبة في جداره » قال : ثم يقول أبو هريرة : (ما لى أراكم عنها معرضين والله لأرمين بها بين أكتافكم) (١) ، بالتاء ، والنون ، روايتان ، وكذلك روي : خشبة بالإفراد ، وخشبه بالجمع .

والمشهور ما ذكره المصنف أن ذلك مندوب ، ولا يقضى عليه إن امتنع ، وقال ابن كنانة : هو واجب ، ويقضى عليه إن امتنع لظاهر الحديث .

قال في «الاستذكار» (٢) : وإنما حمل على السند لقلوه ﷺ : « لا يحل مال امرئ مسلم إلا برضا نفسه » (٣) ، وهل لجار المسجد أن يغرز خشبه في جدار المسجد ؟ للشيوخ فيه قولان .

فَإِنْ أَعَارَ لَمْ يَرْجِعْ مُطْلَقًا ، وَقِيلَ : إِلَّا أَنْ يَعْرِضَ مُحْوَجٌ غَيْرُ الضَّرَرِ .

قوله : (مطلقاً) ؛ أي طال الزمن أو قصر ، عاش أو مات ، باع أو ورث ، احتاج إلى جداره أو لا ، وهو قول مطرف وابن الماجشون - وروياه عن مالك - قالوا : إلا أن ينهدم الجدار ثم يعيده صاحبه ، فليس للمعار له أن يعيده إلا بعارية مبتدأة .

وقوله : (وقيل) هو لابن القاسم ومالك : إذا أذن له فليس له أن يرجع إلا لحاجة تنزل به ، له - بها - عذر ، ولم يرد الضرر لما ماج بينه وبينه ، فليس له ذلك ، وقال أصبغ : إذا مضى من الزمن ما يعار مثله إلى مثل ذلك الزمان - فله منعه .

(١) أخرجه البخاري (٢٣٣١) ومسلم (١٦٠٩) ومالك (٨٠٣) .

(٢) «الاستذكار» (٨/١٢١) .

(٣) أخرجه أحمد (٢٠٧١٤) والدارقطني (٢٦/٣) وأبو يعلى (١٥٧٠) والبيهقي في «الشعب» (٥٤٩٢) من حديث أبي مرة الرقاشي عن عمه وصححه الألباني - رحمه الله - .

وحصل ابن زرقون في هذه المسألة ومسألة عارية العرصة للبناء والغرس ستة أقوال :
هذه الثلاثة :

والرابع نسبة «للمدونة» : له أن يرجع وإن لم يحتج ، من قوله في عارية العرصة :
ويدفع له ما أنفق أو قيمته قائماً أو منقوضاً على الاختلاف فيه .

والخامس لأشهب وابن نافع : الفرق بين ما تكلف فيه نفقة - فلا يرجع ، وبين ما لا
يتكلف فيه نفقة - فيرجع .

والسادس لسحنون : الفرق بين غرر الخشبة في الجدار - فلا يرجع ، وبين الإذن في
العرصة - فيرجع .

سحنون : لأن من أهل العلم من يرى القضاء بغرز الخشبة وإن لم يأذن صاحب الجدار ،
فكيف إذا أذن ؟

الباجي^(١) : وهل يلزم ذلك بمجرد الإذن أم لا ؟

الظاهر من قول مطرف وابن الماجشون أنه إن أذن فلا رجوع له .

ابن عبد السلام : وهذا معنى ما حكاه المؤلف ، وهو الذي نقله غير واحد .

وَمِثْلُهُ فَتْحُ بَابٍ أَوْ إِرْفَاقُ بِمَاءٍ .

هذا معطوف على الجدار ؛ أي يندب إلى إعاة الجدار ، ويندب إلى مثل فتح باب أو
إرفاق بماء ، وهو ظاهر .

وفي بعض النسخ : (مثل) بإسقاط حرف العطف ، فيكون شبه لإفادة الحكم ، والأول
أحسن .

وَإِذَا تَنَازَعَا جِدَاراً - فَصَاحِبُ الْيَدِ : صَاحِبُ الْوَجْهِ وَالْقُمُطِ وَالطَّاقَاتِ وَالْجُدُوعِ .

يعني : إن ادعى كل من الجارين الجدار - فصاحب اليد منهما من كان إليه وجه الجدار
والطاقات ؛ أي غير النافذة ومعاهد القمط ، أي الخشب التي بين البنيان ، أو كان له عليه
جدوع دون صاحبه ، فإن لم يكن لأحدهما شيء من ذلك أو كان لهما جميعاً - فهو
لهما ؛ لأنه بأيديهما ، وكذلك راكب الدابة مع المتعلق بلجامها ، الراكب أولى ، وهذا إنما
هو مع عدم البيئة ، وأما مع قيامها فيجب الاعتماد عليها لا على هذه الوجوه .

ابن القاسم : وإن كان عقد الجدار إليهما فهو بينهما ؛ أي بعد إيمانهما ، وكذلك إن كان منقطعاً عنهما ، أو كانت لكل منهما كوى ، وإن كان لأحدهما عشر خشاب وللآخر سبع - فهو على حاله ، وليس لأحدهما أن يزيد .

سحنون : وإن كان لأحدهما خشبة وللآخر عشر - فهو بينهما نصفين ، وقال غيره : هو لصاحب العشرة إلا موضع الواحدة ، وقالوا : إن كان لأحدهما خمس ، وللآخر أربع - فهو بينهما نصفين .

أشهب : وإن كان عقده لأحدهما - وللآخر عليه جذوع - قضى به لذي العقد ، ولصاحب الجذوع بموضعها .

سحنون : ولو كان عقده لأحدهما من ثلاثة مواضع ، ومن ناحية الآخر من موضع - قسم بينهم على عدد العقود ، قال صاحب المعين : وإن كان لأحدهما عليه ربط فهو له ، ولا يلتفت مع ذلك إلى وجه الحائط ولا للخشب الآخر .

وَتَجْلِسُ الْبَاعَةُ فِي الْأَفْنِيَةِ لِلْبَيْعِ الْخَفِيفِ ، وَقَضَى بِهَا عُمَرُ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ لِأَرْبَابِ الدُّورِ ، يُرِيدُ بِالِاتِّفَاعِ إِلَّا أَنْ تَحَازَ

أصبغ : إنما يباح الانتفاع بالأفنية ما لم يضيقوا الطريق ، أو تمنع المارة أو يضر بالمسلمين .

والضمير في (بها) عائد على الأفنية ، وفسر ابن حبيب ما روي عن عمر رضي الله عنه بنحو ما ذكره المصنف ، وقاله من أرضى من أهل العلم ، ويبين لك ما أشار إليه المصنف - من حمل كلام عمر على الأمر الخفيف - ما روي أيضاً عن عمر أنه مر بكبير حداد في السوق فأمر بهدمه ، وقال : يضيقون على الناس ، فدل على أنه إنما أباح الانتفاع اليسير .

فَلَوْ حَازَ هُدْمَ مَا يَضُرُّ ، وَفِيمَا لَا يَضُرُّ : قَوْلَانِ .

لا خلاف في هدم ما يضر بالناس ، والمشهور هدم ما لا يضر أيضاً .

ابن راشد : وقال أصبغ : لا يهدم ، ولكن يكون جرحه في حقه إن كان اقتطاعه ذلك بمعرفة ، وفي «المجموعة» : قال ربيعة : من بنى مسجداً في طائفة من داره فلا يزيد فيه من الطريق ، وقال مالك : إن كان لا يضر بالناس فلا بأس ، انظر إن كان هو على المشهور أو الشاذ .

والرَّوْشَنُ وَشِبْهُهُ ، وَالسَّابَّاطُ لِمَنْ لَهُ الْجَانِبَانِ جَائِزٌ بَعِيرٍ إِذْنٌ .

الروشن هو الجناح يخرج الرجل على حائطه ، والساباط أن يكون له حائطان مكتنفان بالطريق فيمد خشباً عليهما ليتنفع بذلك .

ابن شعبان : يشترط في عدم منعه أن يرفع ذلك عن رؤوس الركبان رفعاً بيناً .

فروع :

الأول : قال في «المدونة» : ومن رفع بنياناً رفعاً بيناً فجاوز به بنيان جاره ليشرف عليه لم يمنع من رفع بنيانه ، ومنع من الضرر ، ومن رفع بنياناً فسد على جاره كواه وأظلم عليه أبواب غرفه وكواها ، ومنعه الشمس أن تقع في حجرته لم يمنع .

ابن كنانة : إلا أن يرفع البنيان ليضر بالجار دون منفعة له فيمنع ، وروى ابن دينار عن ابن نافع أنه يمنع من ضرر منع الريح والضوء والشمس .

الثاني : اختلف في الأندر إذا أراد من له دار ملاصقة له أن يبني فيها ما يمنع الأندر من الريح أو نحوه ، فقال ابن القاسم وابن نافع : يمنع ، ابن نافع : وإن احتاج إلى البنيان ، وقال مطرف وابن الماجشون : لا يمنع .

الثالث : اختلف فيمن اتخذ كوى وأبواباً يشرف منها على دار جاره ، فقال مالك وابن القاسم : يمنع ، ورواه ابن وهب وزاد : ولا يكلف أن يعلي بنيانه حتى لا يراه .

وفي «المبسوط» عن ابن مسلمة : لا يمنع ، ورواه ابن المعذل عن ابن الماجشون ، قال : ويقال له : استر على نفسك إن شئت ، والأول هو المعروف ، ولهذا قال فيمن بنى مسجداً وجعل له سطحاً يطلع منها على دار رجل : يجبر بانيه على أن يستر على سطح المسجد ، ويمنع الناس من الصلاة فيه حتى يتم الستر .

واختلف فيمن بنى غرفة وفتح فيها أبواباً أو كوى يطلع منها على قاعة غيره - وأراد صاحب القاعة منعه ، وقال : هذا يضر بي إذا بنيت قاعتي داراً - على ثلاثة أقوال : قال مطرف : يمنعه قبل بناء القاعة أو بعده .

وقال ابن الماجشون : لا يمنع مطلقاً ، وقال ابن القاسم : يمنعه بعد أن يبني القاعة ، ولا يمنعه قبله .

الرابع : من فتح باباً على دار غيره فلما قام عليه أراد أن يسده من خلفه ، فقال سحنون : ليس له ذلك ، وليسد الباب مخافة أن يشهد قوم أنهم يعرفون هذا الباب منذ سنين كثيرة ، وقال ابن الماجشون : لا يلزمه سده ، وله أن يجعل أمامه ما يستره .

الخامس : من باع داراً وقد أحدث جاره بها مطلعاً أو مجرى ماء أو غير ذلك من الضرر ، فقال مطرف وابن الماجشون : إن كان البائع لم يقم في ذلك حتى باعها فلا قيام للمشتري ، ولو كان قد قام يخاصم فلم يتم له الحكم حتى باع - فللمشتري أن يقوم ويحل محله .

وفي «أحكام ابن بطلال» : معناه أن الحكم قضي به وأعذر ، وتعين التسجيل والإشهاد ، ولو بقي شيء من المدافع والحجج - لم يجز ؛ لأنه بيع ما فيه الخصومة ، وهو أصل مختلف فيه .

السادس : قال مطرف : وإن كان لرجل شجر إلى جنب جدار آخر فيضر به ، فإن كانت أقدم من الجدار - وكانت على حال ما هي عليه اليوم من انبساطها - لم تقطع ، وإن حدثت لها أغصان بعد أن بني الجدار وأضر ذلك بالجدار - فليقطع منها ما أضر بالجدار مما حدث ، وقال ابن الماجشون : يترك ما حدث وانتشر من الأغصان ، وإن أضر ذلك بالجدار ؛ لأنه قد علم أن هذا شأن الشجر ، فقد حاز الثاني من حريمها قبل بناء الجدار ، وقال أصبغ بقول مطرف وابن حبيب وعيسى بن دينار .

صاحب «البيان»^(١) : وهو أظهر ، ابن يونس : وقالوا أجمعون : إن كانت الشجرة محدثة بعد الجدار فإنه يقطع منها ما أذى الجدار من قليل وكثير ، انتهى . ولا يقطع منها شيء إن ادعى الجار أنه يتطرق عليه منها ، ولا حجة له أيضاً فيمن يطلع ليجنيها ، وإن كان إذا طلع أشرف على دار جاره .

مطرف وابن الماجشون وغيرهما : وليؤذن جاره ، وأما لو رفعت الصومعة حتى صارت تكشف على من حولها ففي سماع أشهب : لم أر أن يمنعوا من رفعها . ابن رشد^(٢) : ولا يدخل في طاعة بمعصية .

(١) «البيان والتحصيل» (٥٢/١٢) .

(٢) «البيان والتحصيل» (٥٢/١٢) .

السابع : سأل حبيب سحنوناً عن خربة لرجل فيها زبل لا يدري من يلقيه فيها ، فقام جار الخربة على ربه ؛ لأن ذلك يضر به ، وقال صاحبها : ليس ذلك من جنائتي وأنا لا أسكن ذلك ، وثبت أن ذلك يضر بحائط جاره ، وقال : أرى على صاحب الخربة نزع الزبل الذي أضر بجاره .

سحنون في موضع آخر من كتاب ابنه في الزبل يجتمع في خربة لقوم أو في فناء يضر بالناس : أن على جيران الموضع كئسه ، يريد الأقرب فالأقرب على الاجتهاد .

أبو محمد : لأن الغالب أنهم يلقونه فيها ، قال يحيى بن عمر في تراب لقوم في موضع فنقله السيل من موضعه إلى زقاق لقوم فسد عليهم مخرج بابهم ، قال : يقال لصاحب التراب : خذ ترابك ، وإن أبي قيل للذين سد عليهم : اطرحوه إن شئتم ، ولا يجبر صاحب التراب على نقله إن أبي .

وَالطَّرِيقُ الْمُنْسَدَةُ الْأَسْفَلُ كَالْمَلِكِ لِأَصْحَابِ دُورِهَا فَيَا لِإِدْنِ .

يعني : أن ما قدمه في مسألة الروشن والساباط إنما هو في السكة النافذة ، وأما غير النافذة ، وهو مراده بقوله : (الْمُنْسَدَةُ الْأَسْفَلُ) فلا يجوز لأحد سكانها أن يحدث فيها روشنا أو غيره إلا بإذن الجميع .

ابن عبد السلام : وقال : كالمالك لأرباب دورها ، ولم يقل : ملكاً ، إشارة إلى أنها ليست مملوكة لهم ملكاً تاماً ؛ إذ لو كانت مملوكة لهم ملكاً تاماً لكان لهم أن يحجروها على الناس بغلق ، وظاهر كلام بعضهم أنه ليس لهم ذلك ، وبه حكم بعض قضاة بلدنا وهد على من فعله .

فروع : هل يحدث باباً في السكة إن كانت غير نافذة أم لا ؟ في ذلك ثلاثة أقوال :

الأول : أن ذلك لا يجوز إلا بإذن جميع أهل الزقاق ، وإليه ذهب ابن زرب قياساً على مسألة «المدونة» في الدارين تكون إحداهما في جوف الأخرى ، وبه جرى العمل بقرطبة .

الثاني : أن له ذلك فيما لم يقابل باب جاره ، ولا قطع عنه مرتفقاً ، وهو قول ابن القاسم في «المدونة» ، وقول ابن وهب في «العتبية»^(١) .

الثالث : أن له تحويل بابه على هذه الصفة إذا سد الباب الأول ، وليس له أن يفتح باباً لم يكن قبل بحال ، وهو دليل قول أشهب في «العتبية» .

ابن رشد^(١) : ويتحصل في فتح الرجل باباً أو حانوتاً في مقابلة [باب]^(٢) جاره في السكة النافذة ثلاثة أقوال :

الأول : له ذلك جملة ، وهو قول ابن القاسم في «المدونة» ، وقاله أشهب في «العتبية» .

والثاني : ليس له ذلك جملة إلا أن ينكب ، وهو قول سحنون .

والثالث : له ذلك إذا كانت السكة واسعة ، وهو قول ابن وهب في «العتبية» ، والسكة الواسعة سبعة أذرع فأكثر ؛ لما في «المجموعة» أنه رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قال : « إذا اختلف الناس في طريقهم فحدها سبعة أذرع »^(٣) .

(١) « البيان والتحصيل » (٤٠٥/٩) .

(٢) زيادة من «البيان والتحصيل» .

(٣) أخرجه البخاري (٢٣٤١) ومسلم (١٦١٣) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه .

كتاب الوكالة

الوَكَالَةُ نِيَابَةٌ فِيمَا لَا تَتَّعِنُ فِيهِ الْمُبَاشَرَةُ شَرْعاً .

الوكالة لغة : الحفظ ، وفيه : ﴿ وَكَفَى بِاللَّهِ وَكِيلًا ﴾ [النساء: ٨١] أو الكفالة والضمان ، قال تعالى : ﴿ أَلَا تَتَّخِذُوا مِن دُونِي وَكِيلًا ﴾ [الإسراء: ٢] قيل : حافظاً ، وقيل : كفيلاً ، قاله عياض .

الجوهري^(١) : والاسم الوكالة ، ورسمها المصنف اصطلاحاً : بأنها نيابة فيما لا تتعين فيه المباشرة ، ويكون قريباً من قول صاحب «التلقين»^(٢) : كل عقد جازت فيه النيابة جازت فيه الوكالة ، وأجمعت الأمة على جواز الوكالة من حيث الجملة .

فَتَجُوزُ فِي الْوَكَالَةِ ، وَالْكَفَالَةِ ، وَالْحَوَالَةِ ، وَالْجَعَالَةِ ، وَالنِّكَاحِ ، وَالطَّلَاقِ ، وَالْخُلْعِ ، وَالصُّلْحِ

عطف بالفاء لترتبه على ما قبله ؛ إذ لا تتعين المباشرة في جميع الأشياء ، يوكل من يوكل أن يعمل ، وأن يوكل من يأخذ له كفيلاً ، وأن يوكل من يحيل غريمه على مديانته .

والجعالة : أن يوكل من يجاعل على عبده الابن جعلاً ، وهو ظاهر .

وَفِي الْعِبَادَاتِ الْمَالِيَةِ كَالزَّكَاةِ ، وَفِي الْحَجِّ خِلَافٌ تَقَدَّمَ .

أي : في الحج ، ولا خلاف ما ذكره في العبادات المالية .

وَلَا تَجُوزُ فِي مِثْلِ يَمِينٍ وَظَهَارٍ .

لم تجز في اليمين لأنها لا تقبل النيابة ؛ لأن اليمين من الأعمال البدنية ودخل في اليمين الإيلاء واللعان ، وكذلك لا تجوز في الوضوء والصلاة ، وإلى أن الأيمان من الأعمال البدنية أشار بقوله : (مِثْلُ يَمِينٍ) .

وقوله : (وِظَهَارٍ) لأن الظهار يمين ولأنه منكر من القول وزور ، فلا تجوز الوكالة فيه

(١) «الصحيح» (٢/٢٩٣) .

(٢) «التلقين» (٢/٤٤٥) .

كسائر المعاصي وما لا يجوز للآمر فعله ، وكذلك نص عليه المازري في «التعليقة»
وصاحب «الجواهر»^(١) ، وكذلك قرره ابن راشد وابن عبد السلام .

والأقرب عندي أن الظهار كالطلاق ؛ لأنه إذا قال الوكيل لزوجة موكله : أنت عليه
كظهر أمه ، فهو كقوله لامرأة موكله : أنت طالق .

وَيَجُوزُ فِي الْإِقْرَارِ وَالْإِنْكَارِ .

وتجوز الوكالة بالإقرار عنه ، أو على أن ينكر عليه بما ادعى خصمه واليمين على الموكل
بلا خلاف ، ولا خلاف أنه لا يكون للوكيل الإقرار إلا بما قيده موكله عنه ، وأما إن أطلق
له الوكالة ؛ فالمعروف من المذهب أن الوكالة على الخصم لا تستلزم الوكالة على الإقرار إذا
لم يجعله إليه ولو أقر لم يلزمه ، وروي عن مالك لزوم ما أقر به ، وعلى الأول فقال ابن
العتار وجماعة من الأندلسيين وغيرهم : إن من حق الخصم ألا يخاصم الوكيل حتى
يجعل له الإقرار .

قال في «البيان»^(٢) : ونزلت عندنا وقضى فيها بأنه لا يلزمه ما أقر به الوكيل ، قال في
«الكافي»^(٣) : وبه جرى العمل عندنا .

وزعم ابن خويز منداد أن تحصيل المذهب أنه لا يلزمه إقراره .

قال في «الكافي»^(٤) : وهذا في غير المفوض ، قال : واتفق العلماء فيمن قال ما أقر به
على فلان فهو لازم لي أنه لا يلزمه ، واختلف أصحاب الشافعي إذا قال الموكل لوكيله :
أقر عني لفلان بألف ، هل يكون ذلك إقراراً لفلان بألف ؟ واختار المازري أنه إقرار ،
واستشهد بما لأصبغ في «العتبية» فيمن وكله رجل على خصام رجل في شيء أن الإقرار
الوكيل لا يلزم الموكل ، قال : ولو شهد أنه جعله في الإقرار عنه كنفسه ؛ فإن إقرار
الوكيل يلزمه .

ابن عبد السلام : وليس فيه كبير شاهد .

ابن راشد : قال فقهاء طليطلة : من وكل رجلاً على طلب حقوقه والمخاصمة عنه

(١) «الجواهر» (٢/٦٧٥) .

(٢) «البيان والتحصيل» (١٢/٥٥) .

(٣) «الكافي» (ص / ٣٩٥) .

(٤) «الكافي» (ص / ٣٩٥) .

والإقرار والإنكار فأقر الوكيل أن موكله وهب داره لزيد ، أو قال : لفلان على موكلي مائة دينار أن ذلك لازم لموكله ، وأنكر ذلك ابن عتاب وغيره ، وقالوا : إنما يلزمه فيما كان من معنى المخاصمة التي وكله عليها أبو الأصبع ، وهذا هو الصحيح عندي وهو في شفعة «المدونة» ، قال ابن القاسم : من وكل رجلاً على قبض شفته فأقر أن موكله سلمها فهو شاهد يحلف المشتري معه وتبطل الشفعة إلا أن يكون الشفع المشهود عليه غائباً فيتهم موكله على الانتفاع بالمال وله بال فلا تبطل .

وَالْمُعْتَبَرُ الصَّيْغَةُ أَوْ مَا يَقُومُ مَقَامَهَا .

المعتبر في صحة الوكالة مثل : وكلتك ، وأنت وكيلي ، أو ما يقوم مقامها من قول أو فعل ؛ كقوله : تصرف في هذا ، كإشارة الأخرس ونحوه .

فَإِنْ تَرَخَى الْقَبُولُ فَقَوْلَانِ ؛ تَخْرِيجاً عَلَى قَوْلِهِ لِلْمَرْأَةِ : اِخْتَارِي .

لما ذكر الصيغة أشار إلى أنه لا بد من القبول ، ثم إن وقع على الفور فلا خلاف في الصحة ، وإن تراخى بزمان طويل ، فقال المازري : يتخرج عندي على الروايتين في قول الرجل لامرأته : اختاري ، أو أمرك بيديك ، فقامت من المجلس ولم تختري ، قال : والتحقيق في هذا يرجع إلى اعتبار المقصود والعوائد ، هل المراد الجواب بداراً فإن تأخر سقط حكم الخطاب ، أو المراد استدعاء الجواب معجلاً أو مؤجلاً ؟

ابن عبد السلام : وقد يفرق بين الوكالة والتخيير بأن الوكالة التي ليست بعوض غير لازمة من جانب الموكل ؛ لأن الموكل إن رأى مصلحة أبقاه وإلا عزله ، وأما الزوج فعليه ضرر في إبقاء الخيار لكونه لازماً له ؛ فلذلك يقيد خيارها بالقرب ، وسقط بطول المجلس على أحد القولين .

خليل : وهذا الفرق إنما يتم في الوكالة التي ليست بعوض ، وأما التي بعوض للزومها ، وعلى هذا فلعل المازري لما رأى أن الغالب في الوكالة أن تكون بعوض لم يلتفت إلى الفرق المذكور ، والله أعلم .

الْمُوكَلِّ فِيهِ شَرْطُهُ : أَنْ يَكُونَ مَعْلُومًا بِالنَّصِّ أَوْ الْقَرِينَةِ أَوْ الْعَادَةِ .

لما كان للوكالة حالتان ، تفويض وخصوص ، وكان الوكيل المخصوص إذا تصرف في غير ما أذن له فيه يكون متعدياً لزم من أجل ذلك أن يبين الشيء الموكل فيه بالنص عليه أو

بقريئة تدل على أنه أراد شيئاً بعينه أو بعبادة ، كما إذا وكله على زواج امرأة ، فإن العادة أنه إنما وكله على زواج من هي من نسائه .

فَلَوْ قَالَ : وَكَلْتِكَ لَمْ يُفِدْ حَتَّى يُقَيَّدَ بِالتَّفْوِيضِ أَوْ بِأَمْرٍ .

عطفه بالفاء لترتبه على ما قبله ، أي : ولا شرطنا أن يكون الموكل معلوماً ، لو قال الموكل : وكلتك ، لم يفد لعدم حصول الشرط .

فإن قيل : لم أبطلتم الوكالة المطلقة وصححتهم الوصية المطلقة وجعلتم الوصي يتصرف في كل شيء ؟

قيل : يتيم ، لما كان محتاجاً أن يتصرف له في كل شيء ولم يوص عليه والده غير من أطلق الوصية له كان ذلك قريئة في تفويض الأمر للموصي ، بخلاف الموكل فإنه قادر على التصرف فيما جعل للوكيل ولا بد له من أمر يستبد به في العادة احتياج إلى تقييد الوكالة بالتفويض أو بأمر مخصوص .

فَلَوْ قَالَ : بِمَا لِي مِنْ قَلِيلٍ وَكَثِيرٍ مَضَى فِي جَمِيعِ الْأَشْيَاءِ إِذَا كَانَ نَظَرًا ، إِلَّا أَنْ يَقُولَ : نَظَرًا أَوْ غَيْرَ نَظَرٍ

لما ذكر أن الوكالة لا تفيد حتى يقيد بالتفويض ، أو بأمر مخصوص على أن الوكالة قسمان أخذ يتكلم على كل منهما وبدأ بالتفويض .

وقوله : (فِي جَمِيعِ الْأَشْيَاءِ) نحوه لابن رشد^(١) ، وصاحب «الجواهر»^(٢) بشرط أن يكون نظراً ؛ لأنه معزول عن غيره بالعادة ، إلا أن يصرح له بذلك فيقول : نظراً أو غير نظر .

خليل : وفيه نظر ؛ إذ لا يأذن الشرع في السفه ، وينبغي أن يضمن الوكيل ؛ إذ لا يحل لهما ، والله أعلم .

ابن راشد : وذكر غير المصنف ، وابن شاس^(٣) ، وابن رشد أنه يستثنى من ذلك بيع دار السكنى ، وبيع العبد ، وزواج البكر ، وطلاق الزوجة ؛ إذ العرف قاض بالألا تتزوج تحت عموم التفويض ، وإنما يفعله الوكيل إذا وقع النص عليه .

(١) « البيان والتحصيل » (١٢ / ٦٠) .

(٢) « الجواهر » (٢ / ٦٧٥) .

(٣) « الجواهر » (٢ / ٦٧٥) .

ابن عبد السلام : وقد جرى العمل عندنا في هذه الجهات في كل شيء مع وجود القيد الذي ذكره المصنف أنه يتصرف في كل شيء إلا في بيع دار سكنى الموكل وطلاق زوجته .
قال في «المقدمات»^(١) : وإن سمي بيعاً ، أو اشتراء ، أو خصاماً ، أو شيئاً من الأشياء فلا يكون وكيلاً إلا فيما سمي ، وإن قال في آخر الكلام : وكالة مفوضة أو لم يقله فذلك سواء ؛ لأنه يرجع إلى ما سمي خاصة ، وهذا مرادهم في أن الوكالة إذا طالت قصرت وإذا قصرت طالت .

ابن عبد السلام : قال بعض أشياخي : ولا يدخل في ذلك خلاف الأصوليين في العموم إذا جرى على سبب ، هل يقتصر على ذلك السبب ، أو يعم ؟ وفي ذلك نظر .
فَلَوْ قَالَ : وَكَأَنَّكَ فِي كَذَا تَقِيدُ بِهِ .

هذا هو النوع الثاني من نوعي الوكالة وهو ظاهر .

وَلَوْ وَكَأَنَّ فِي الْإِبْرَاءِ جَازَ مَعَ جَهْلِ الثَّلَاثَةِ بِمَبْلَغِ الدَّيْنِ .

قوله : (في الإبراء) أي : من الدين ، و (الثلاثة) الوكيل ، والموكل ، ومن عليه الدين ، و (أل) في الثلاثة للعهد ، أما الوكيل والموكل فلتقدم ذكرهما ، وأما الغريم فلو وكالة الإبراء مما عليه بالالتزام ، وإنما جاز ذلك ؛ لأن ذلك هبة مجهول ، وهي جائزة عندنا .

وَمُخَصَّصَاتُ الْمُوَكَّلِ مُتَعَيِّنَاتٌ كَالْمُشْتَرِيِّ ، وَالزَّمَانِ ، وَالسُّوقِ .

يعني : أنه يتعين على الوكيل ألا يتصرف إلا كما أذن له الموكل ؛ لأنه إنما يتصرف له ، قوله : (كالمشتري) يصح بكسر الراء ويكون المعنى : بعها من فلان ، وهو الذي في «الجواهر»^(٢) ومشاه عليه ابن راشد وابن عبد السلام ، ويصح بفتح الراء ؛ أي : لا تشتري إلا سلعة فلان ، (وَالسُّوقِ) أي : لا تبع إلا في السوق الفلاني ، (وَالزَّمَانِ) أي : لا تبع إلا في الشهر الفلاني .

فَإِنْ خَالَفَ ؛ فَالْخِيَارُ لِلْمُوَكَّلِ إِلَّا أَنْ يَكُونَ رَبَوِيًا رَبَّوِيًّا ، فَفِي إِمضَائِهِ بِرِضَاهُ قَوْلَانِ .

أي : فإن خالف الوكيل ما قيده له الموكل فللموكل الخيار في الإمضاء والرد ، فإن

(١) «المقدمات» (٢/٢١٨) .

(٢) «الجواهر» (٢/٦٧٦) .

أَمْضَى وَقَدْ كَانَ بَاعَ لَهُ سَلْعَةً أَخَذَ الثَّمَنَ ، وَإِنْ فَسَخَ وَكَانَتِ السَّلْعَةُ قَائِمَةً أَخَذَهَا ، وَهَلْ لَهُ أَنْ يَطَالِبَهُ بِمَا سَمِيَ مِنَ الثَّمَنِ ؟ قَوْلَانِ ، فَإِنْ كَانَتْ فَائِئْتُهُ طَالِبُهُ بِالْقِيَمَةِ إِنْ لَمْ يَسْمِ ثَمَنًا ، فَإِنْ سَمِيَ ، فَهَلْ لَهُ أَنْ يَطَالِبَهُ بِمَا سَمِيَ أَوْ بِالْقِيَمَةِ ؟ قَوْلَانِ مَبْنِيَانِ عَلَى الْخِلَافِ فِيمَنْ أَتْلَفَ سَلْعَةً وَقَفَتْ عَلَى ثَمَنِ .

وقوله : (إِلَّا أَنْ يَكُونَ رَبَوِيًّا رَبَوِيًّا) كما لو قال : بعها بقمح فباعها بفول ، أو بدراهم فباعها بذهب ، فهل له الإمضاء كغيره أو لا بد من الفسخ لأن المبيعات الربوية لا يدخلها خيار ، والقولان متأولان على «المدونة» .

ولا شك أنهم هنا لم يدخلوا ابتداء على الخيار ، ولكن آل الحكم إلى ثبوت الخيار للموكل ، فهل يكون الخيار الحكمي كالشرطي أم لا ؟ والمشهور من المذهب أنه لا ينافي فعله الإمضاء .

فَإِنْ زَادَ الثَّمَنُ فِي الْبَيْعِ أَوْ نَقَصَ فِي الشِّرَاءِ فَلَا كَلَامَ .

كما إذا قال : بعها بعشرة فباعها باثني عشر ، أو قال : اشتر بعشرة فاشترها بشمانية ، فلا كلام للموكل ، وإن كان ذلك مخالفة من الوكيل ؛ لأن الموكل يرغب في هذا المعنى ، ومن هذا ما في «المدونة» (١) : وإن أمرته يسلم لك في طعام ففعل فأخذ رهناً أو كفيلاً بغير أمرك جاز ؛ لأنه زيادة توثق .

اللخمي : إلا أن ينقص في الثمن لأجل الرهن أو الحميل فيكون حينئذ للموكل الخيار .

خليل : وينبغي أن يلاحظ هنا ما تقدم ، هل للرهن حصة من الثمن ، أم لا ؟

وَيَغْتَفَرُ الْيَسِيرُ فِي الْعَكْسِ .

المراد بالعكس : أن ينقص في البيع ويزيد في الشراء ؛ يعني : فإن نقص في البيع اليسير ، أو زاد في الشراء اليسير اغتفر ، هذا ظاهر كلامه ؛ أعني : عموم هذا الحكم في البيع والشراء ، والذي في «تهذيب الطالب» ، واللخمي ، وابن يونس ، والمتيطي ، و«الجواهر» (٢) ، وابن رشد وغيرهم أن اليسير إنما يغتفر في الشراء لا في البيع ؛ لأن الشأن في البيع طلب الزيادة ، وفي الشراء استخفاف الزيادة اليسيرة عند حصول غرضه في تلك السلعة .

(١) «المدونة» (١٠/٢٥٢) .

(٢) «الجواهر» (٢/٦٧٧) .

لكن غمز ذلك ابن يونس ولم ينص في «المدونة» على اعتبار السير إلا في الشراء ،
 وحد فيها السير بمثل الدينار والثلاثة في المائة ، وكالدينار والدينارين في الأربعين ، نعم
 يأتي كلام المصنف على ما ذكر أبو الحسن في أن الظاهر إذا باع السلعة بأقل مما سمي له
 بيسير أنه يجوز ذلك كما في الشراء ، ونقله التلمساني عن بعض الأسيخ .

وقال المازري : وأشار بعض المتأخرين إلى أنه لا فرق بين البيع والشراء في أن الوكيل
 على البيع ينبغي أن يسامح له في أن يبيع بنقص يسير عما حد له ، قال : والتحقيق
 يقتضي أنه لا يغتفر له في البيع والشراء ولا يكون له إلا ما حد له ، وهو مذهب
 الشافعية ، قال ابن محرز : وقال بعض المذاكرين : إنما له أن يزيد السير إذا كانت السلعة
 التي أمر بشرائها غير معينة ، وأما المعينة فلا يزيد فيها شيئاً وهو لا معنى له ، والصواب :
 أن لا فرق بين المعينة وغيرها ولا بين البيع والشراء ؛ أي : في اغتفار الزيادة اليسيرة ،
 وحيث ألزمت الوكيل ما خالف فيه الموكل ، فضمن المشتري من الموكل قاله في «المدونة» (١)
 وهل يصدق الوكيل في دفعه الزيادة اليسيرة ؟ تردد فيه التونسي ، وخرجه اللخمي على
 الخلاف فيمن أخرج من ذمته إلى أمانته ، وذكر في «تهذيب الطالب» عن ابن القاسم في
 رواية عيسى أنه قال : يقبل قول الوكيل أنه زاد لأنه مؤتمن ويحلف ، وإن لم يذكر الزيادة
 حتى طال الزمان لم يقبل قوله بعد ذلك ، إلا أن يشتغل عن ذكر ذلك بمثل ما يشتغل به
 الرجل في حوائجه ، أو يكون في سفر فيقدم فيقبل قوله ، وإذا أقام معه زماناً طويلاً يلقاه
 ولا يذكر ذلك فلا يقبل قوله .

فَلَوْ قَالَ : أَنَا أُنْتُمْ فِي الْكَثِيرِ ، فَفِي إِمْضَائِهِ قَوْلَانِ .

فالإمضاء لحصول غرض الأمر وعدمه ؛ لأن الوكيل متعد في البيع فيجب الرد لحصول
 المنة ، ونظيرتها إذا وكلته أن يزوجه بألف فزوجه بألفين ، فقال الوكيل : أنا أعرم الزائد .

وَلَوْ قَالَ : بَعُّ بَنَسِيَّةٍ بِكَذَا فَبَاعَ نَقْدًا بِهِ ، وَعَكْسُهُ فِي الشَّرَاءِ فَقَوْلَانِ ، وَحَجَّ أَبُو مُحَمَّدٍ
 فِيهَا ابْنَ اللَّبَّادِ بِأَنَّ الْمُبْتَاعَ لَوْ عَجَلَ الثَّمَنَ لِلْوَكِيلِ لَزِمَهُ قَبُولُهُ

إذا قال : ادفع بمائة نسيئة إلى أجل فباع بها نقداً ، وعكسه في الشراء أن يقول : اشتر
 بمائة نقداً فيشتري بها مؤجلة ، فقال ابن أبي زيد : ذلك لازم في الوجهين ، قال :

وخالفني فيها أبو بكر بن اللباد واحتججت عليه بأن المبتاع لو عجل الثمن المؤجل لزمه قبوله بغير مرجحة الوكيل إذا أمره بالبيع بمائة مؤجلة أن يقول : لو بعث بمائة مؤجلة ثم دفعها لك المشتري لزمك قبولها ، وكذلك يقال في الشراء : إن لم ترد بقاء الدين في ذمتك ، وعلى هذا البحث فيقيد بما إذا باعها بالعين ؛ لأنه هو الذي يجب قبوله ، وقاله التونسي .

ورأى بعض من يقول كقول ابن أبي زيد : إن الطعام كاللدنانير وكالدرهم وفيه نظر ، ولابن اللباد أن يقول من حجة الموكل أن يقول في مسألة البيع : إنما قلت لك بمائة مؤجلة لأنني كنت أظن أن المائة ثمنها إلى أجل ، فإذا ساوت مائة حالة فثمنها في التأجيل أكثر . ويقول في مسألة الشراء : إنما قلت لك اشتريها بمائة معجلة ظانا أنها تساوي أكثر من ذلك في التأجيل ، فإذا باعها بمائة مؤجلة فهي تساوي أقل من مائة معجلة ، وفيه نظر ؛ لأنه لو عجل له ما قال لم يكن له مقال .

قال في «المدونة»^(١) : وإن أمرته ببيعها إلى أجل فباعها نقداً فعليه الأكثر مما باعها به والقيمة لما تعدى ، ابن القاسم : وسواء نسيت له ثمناً أم لا ، فظاهر هذا الكلام مع ابن اللباد ، وتأول ذلك بعضهم على الموكل إنما حد للوكيل أقل الثمن بحيث إنه إنما يبيعها بهذا العدد إذا لم يجد أكثر منه ، ولما باعها بذلك العدد نقداً دل على أنه لم يبالغ في طلب الأثمان ؛ لأن من اشترى بثمن نقداً ، فالغالب أن يشتري ما كثر بثمن إلى أجل ، ومهما بعد الأجل زاد الثمن ، وقال بعضهم : لعل المسألة مفروضة في التوكيل على بيع السلعة بغير العين ، وقوله : (وَحَجَّ أَبُو مُحَمَّدٍ فِيهَا ابْنَ اللَّبَادِ) يحتمل أنه حاجه ، ويحتمل أنه غلبه في الحجة وهو الأقرب .

تنبيه : ما ذكره المصنف عن ابن اللباد هو كذلك في «الجواهر» ، فقوله فيما حكى عنه : وخالفني في ذلك أبو بكر بن اللباد ، والذي في ابن عبد السلام : ابن التبان ، وفيه نظر ؛ لأن ابن التبان إنما كنيته أبو محمد على ما ذكره صاحب «المدارك» ، وابن اللباد هو أبو بكر ، والله أعلم .

وَأَشْتَرِ بَعِينَهَا فَاشْتَرَى بِالذِّمَّةِ وَنَقَدَهَا أَوْ بِالْعَكْسِ يَصِحُّ .

يعني : إذا أعطاه مائة درهم أو مائة دينار ، وقال له : اشتر بعينها ، فاشترى بمائة في

الذمة ونقد ما دفعه الأمر ، أو قال له : اشتر بمائة في الذمة ، فاشترى بعينها ؛ صح
الشراء ، ولا مقال للموكل في الوجهين ؛ لأن ذلك كله سواء .

وأعاد المصنف الضمير في نقدها وبعينها في غير الدراهم والدنانير كما ذكرنا اعتماداً
على السياق .

خليل : وينبغي أن يخرج على القول بالوفاء بشرط ما لا يفيد أن يكون للموكل الخيار ،
وأما إن ظهر لاشتراط الموكل فائدة ؛ فإنه يعمل على قوله : (ولا إشكال) وقد نص المازري
عليه .

وَفِي : بَعُ بِالذَّنَانِيرِ ، فَبَاعَ بِالدَّرَاهِمِ أَوْ بِالْعَكْسِ قَوْلَانِ ، بِنَاءً عَلَى أَنَّهُمَا فِي الغَرَضِ
سَوَاءٌ أَوْ لَا

تصوره واضح ، واستقرأ بعضهم القول بأنه لا مقال للموكل من «المدونة» ، وهو اختيار
الللخمي ، قال : إلا أن يعلم أن ذلك لغرض الموكل .

وَأَشْتَرِ شَاةً بَدِينَارٍ فَاشْتَرَى بِهِ شَاتَيْنِ ، ثَالِثُهَا : إِنْ كَانَ قَادِرًا عَلَى الْإِفْرَادِ لَمْ يَلْزَمْ .

قال في «الجواهر»^(١) : ولو سلم له ديناراً ليشتري به شاة فاشترى به شاتين وباع
إحدهما بدينار ورد الدينار والشاة ؛ صح عقد الشراء والبيع ولزما لإجازة المالك ، وقد
فعل ذلك عروة البارقي مع رسول الله ﷺ فدعا له ، وشراء الشاة الأخرى ودفع أحدهما
يخرج على إجازة المالك تصرف الغير في ملكه إذ رضي ذلك رسول الله ﷺ وأمضاه ،
ولو أمر له أن يشتري جارية على صفة بثمن معين فاشترى جارتين على الصفة المعينة
بالبثمن المحدود في الواحدة ، فإن اشتراهما واحدة بعد أخرى ، فقال أصبغ : يلزمان
الموكل ولم يقيد جوابه ، وقال ابن المواز : إن كان قادراً على الإفراد لم يلزم الأمر العقد ،
وإن كان غير قادر لزمه ، وقال غيره : يثبت الخيار للموكل ، ثم اختلف القائلون بذلك في
محله ، فقال ابن القاسم : محله الثانية فقط فيتخير في قبولها أو ردها .

وقال ابن الماجشون : يتخير في قبولها أو ردها ، انتهى .

وفهم منه أن القول الثالث لابن القاسم وابن الماجشون .

ابن عبد السلام : حكى في «الجواهر»^(١) عن محمد التفرقة ، والذي في «النوادر» عن «الموازية» ظاهر فيها وليس بصريح .

خليل : وحكى اللخمي عن مالك التفرقة ، وقال : إنه لا يختلف المذهب في لزوم إذا لم يمكن الأفراد ، وهو ظاهر ، وعلى هذا فيتحصل في المسألة طريقتان ، وما حكى ابن شاس عن ابن الماجشون كذلك حكاه عنه في «المبسوط» ، وحكى ابن حبيب عنه إذا أمره بشراء جارية بعينها ، أو موصوفة بثمن فاشتراها به ومتاعاً معاً في صفقة ؛ فالأمر مخير بين أن يرد الجميع ويأخذ الجارية بحصتها من الثمن ، قال : وإن تملك الجميع قبل علمه ؛ فمصيبة الجارية وحدها منه بحصتها من الثمن .

وجه قول أصبغ أن الوكيل لم يزد لموكله إلا خيراً ؛ إذ لو اشترى له جارية لزمه ، ونظر في القول بعدم اللزوم للمخالفة ، والتفرقة ظاهرة .

وَبِعْ إِلَى أَجَلٍ يُقَيِّدُهُ الْعُرْفُ .

يعني : إذا قال له بع هذه السلعة إلى أجل ؛ فإنه وإن كان مطلقاً يصلح لجميع الآجال لكن يقيد بالعرف ، فإن باعها إلى أجل جرت العادة به البيع لمثله مضى وإلا فلا .

ابن عبد السلام : وهذا صحيح ، فإن المعتبر من الكلام إنما هو عرف التخاطب لا مقتضى اللغة ، إلا إذا كان الأمر والمأمور عربيين ، والله أعلم .

وَأَشْتَرِي عَبْدًا فَأَشْتَرِي مَا لَا يَلِيْقُ بِهِ ، فَفِي خِيَارِهِ قَوْلَانِ لِابْنِ الْقَاسِمِ وَأَشْهَبُ .

يعني : فإن وكله على شراء عبد وأطلق ، فإن اشترى ما يليق به لزمه ، فإن اشترى ما لا يليق بمثله ، فقال ابن القاسم في «المدونة»^(٢) : الموكل بالخيار ، وقال أشهب : لا خيار له ، والجاري على المسألة السابقة قول ابن القاسم ، ولعل الخلاف مبني على الخلاف بين أهل الأصول ، هل يجوز تخصيص العام وتقبيد المطلق بالعرف ، أم لا ؟ فمن أجاز ذلك جعل للموكل الخيار ، ومن لا فلا ، وقيد بعض القرويين قول ابن القاسم بما إذا لم يسم الثمن ، وأما إن سماه فاشترى به فلا يبالي بما اشترى له كان مما يشبه أم لا ؛ لأنه قد أجاز له قدر ذلك ، وقال غيره : ينبغي ألا يلزمه إلا إذا اشترى له ما يشبه وإن سمي الثمن .

(١) «الجواهر» (٦٧٧/٢) .

(٢) «المدونة» (٥٧/٩) .

وَكَذَلِكَ الْمُخَصَّصُ بِالْعُرْفِ .

يعني : أن العرف كما قيد المطلق على ما قدمه في قوله : (وبع إلى أجل) يقيد العرف ، فكذلك يخصص العام ، كما لو قال له : اشتر لي ثوباً من أي الأثواب شئت ، فإنه يتقيد بما لا يليق بالأمر ، وهذا مثل ما في «المدونة»^(١) : إذا استعار دابة يركبها حيث شاء وهو بالفسطاط فركبها إلى الشام أو إفريقية ، فإن كان العرف عاريتها إلى مثل ذلك فلا شيء عليه وإلا ضمن ، قال : والذي يسرح دابته لرجل يركبها في حاجة ويقول له اركبها حيث شئت يعلم الناس أنه لم يسرجها له إلى الشام .

وَلَا يَبِيعُ بِعَرَضٍ وَلَا نَسِيئَةٍ وَلَا بَتَغَابِنٍ فَاحِشٍ إِلَّا بِإِذْنٍ .

لما ذكر أن العرف يقيد في جانب الشراء أشار إلى أنه يقيد أيضاً في البيع ، فإذا قال له : بيع هذه السلعة ، فمحملة على البيع بالنقد المعتاد المعجل بثمن المثل إلا بإذن ، واشتمل كلام المصنف على ثلاث مسائل فلتتكلم على كل بانفرادها :

الأولى : لا يبيع بعرض ، بل ولا بغير نقد البلد ، فإن فعل كان متعدياً ، ففي السلم الثاني من «المدونة» : ويضمن حين باع بغير عين إلا أن يجيز الأمر فعله ويأخذ ما باع به ، زاد في الوكالة ، وقال غيره : إن باعها بعرض ولم يفت فليس له تضمينه ، وخير الأمر في إجازة البيع وأخذ ما بيعت به ، أو نقضه وأخذ سلعته ، وإن فاتت خير فيما بيعت به من عرض ، أو تضمين الوكيل قيمتها ويسلم ذلك العرض للوكيل .

عياض : وهو وفاق .

وفي «الموازية» : إن فاتت بتغير البدن أو لسوق فكما ذكرنا ، وإن لم تفت بأحدهما فيخير الأمر في إجازة البيع أو تباع السلعة المأخوذة ، فإن كان فيها زيادة أخذها ، وإن نقصت عن القيمة ضمن الوكيل تمامها .

التونسي : ومع عدم الفوات لا يكون بيع العرض في الأصوب من القولين وقيمتها كعينها ؛ فإما يأخذها ، أو العرض .

واستشكل ما في «الموازية» من تضمين المأمور مع قيام السلعة ، وينبغي ألا يكون له الخيار إلا في إجازة ما فعله الوكيل أو رده ، وأما أن تباع به سلعته فلا ، وحمل ابن يونس

(١) «المدونة» (١٤/٣٠٢) .

ما في «الموازية» على أن المشتري نازع في كون هذه السلعة المبيعة للموكل ولم يعلم أنها للآمر إلا بقول المأمور ، فذلك لم يكن سبيل إلى نقص صفقة ، وضمن المأمور لإقراره بالتعدي ، وأما لو علم بالبيئة أنها للآمر ؛ لم يكن له سبيل إلى تضمين المأمور ، وليس له إلا أن يرد أو يجيز ، وعلى هذا فيتفق ما في «الموازية» وفي كتاب الوكالات فاعلمه ، وأما إن اشترى لموكله بغير العين فذلك لا يلزمه ، وللموكل أن يجيز فعله ويدفع إليه ما واده من الثمن ، هكذا قاله في «المدونة» ، وظاهرها أن المقوم في ذلك كالمثلي .

فرع : قال في «المدونة» (١) : وإن اشترى لك أو باع بفلوس فهى كالعرض ، إلا أن تكون سلعة خفيفة الثمن فإنها تباع بالفلوس وما أشبه ذلك ، فالفلوس فيها بمنزلة العين ، وأما المسألة الثانية وهي البيع بالدين فلا تجوز ، فإن فعل ؛ فإما أن يكون سمي له ثمناً ، أم لا ، فإن لم يسم له ثمناً ، ففي «الموازية» يجوز للآمر أن يرضى بالثمن المؤجل إن كانت سلعته قائمة ؛ لأنه لما كان قادراً على الرد صار ذلك كإنشاء عقدة ، وإن فاتت فليس له الرضا بالمؤجل ؛ لأن الغالب أن القيمة التي وجبت له أقل من الثمن المؤجل ، فلو أجزنا له ذلك لزم منه بيع القيمة بأكثر منها إلى أجل ، وهو عين الربا .

ولهذا قال ابن القاسم في «العتبية» (٢) : لو كان الثمن المؤجل مثل قيمتها الآن أو أقل لجاز الرضا به للآمر ؛ لأنه رضى منه بالتعدي إن فسخ ، مثل ما وجب له في مثله أو أقل .

قال في «العتبية» : وإن باعها بأكثر من القيمة ورضى المتعدي أن يعجل له القيمة ويقبض ذلك لنفسه عند الأجل ويدفع ما زاد على القيمة إلى الأمر على ذلك ولم يكن من بيع الدين ، وأما إن سمي له الثمن فباع بأكثر منه إلى أجل ، كما لو أمر له بعشرة نقداً فباع بخمسة عشر مؤجلة ، فاختلف هل يعد الوكيل بتعديه ملتزماً لما أمره به الموكل ونقل عن ابن القاسم ، أم لا وهو المشهور .

اللخمي : وهو أحسن ، فإن كانت السلعة قائمة فعلى الأول لا يلزم الوكيل غير العشرة ، وعلى الثاني يخير الموكل في إجازته ورده ، قاله المازري وغيره ، فإن فاتت السلعة ، فهل له مطالبة الوكيل بالتسمية إن سمي له ثمناً ، أو قيمة السلعة إن لم يسم ، أم له أن يجيز تعديه ويرضى بالثمن ، المشهور من المذهب : منعه منهما .

(١) «تهذيب المدونة» (٧٠/٢) .

(٢) «البيان والتحصيل» (٢٠٥/٨) .

أما الأول : فلا يمكن أن يكون قد رضي بما فعله الوكيل ، فيكون قد وجب له خمسة عشر فتعجل منها عشرة فيدخله ضع وتعجل ، وظاهر ما في «الواضحة» تمكينه من ذلك .
وأما الثاني : فلاحتمال أن يكون عزم على مطالبة الوكيل بحكم التعدي ، فيكون قد وجب له عليه عشرة وانتقل منه إلى أكثر منه إلى أجل ، وظاهر ما في «الواضحة» أيضاً أن له ذلك ؛ ولهذا كان المشهور : لا بد من بيع الدين ؛ لأنه ليس للموكل وجه يأخذ به عوض سلعته سوى ثمن الدين ، فإن بيع بمثل التسمية أو القيمة فلا كلام ، وإن بيع بأزيد أخذ الموكل الجميع ؛ إذ لا ربح للمتعدي ، وإن بيع بأقل غرم للموكل تمام التسمية أو القيمة ، ويؤخر بيع الدين حتى يحل الأجل فيأخذ ما دفعت للموكل وأعطيه ما زاد ، فإن كانت الخمسة عشر لو بيعت الآن بيعت بعشرة جاز ذلك ؛ لأن الذي يصح للأمر لو بيعت الخمسة عشر بعشرة نقداً عشرة ، فإذا دفعها المأمور إليه وزاد خمسة مؤجلة فقد أحسن ولا يقع له في ذلك ، وإن ساوت لو بيعت أكثر من عشرة كاثني عشر مثلاً لم يجز ؛ لأنه فسخ الدينارين في الخمسة التي بقيت .

وحكى بعضهم في هذه الصورة قولاً بالجواز ، فإن ساوت أقل من عشرة جاز عند ابن القاسم خلافاً لأشهب .

واختلف الشيوخ هل المختار قول ابن القاسم ، أم قول أشهب ؟ فاختار التونسي قول أشهب ؛ لأنه يلزم هنا السلف بزيادة ، لأن المأمور يغرم تمام العشرة ، وكأنه قال : لا تبعها لتغرمني فأسلفه عشرة ليأخذ من الدين .

واختار اللخمي قول ابن القاسم وانفصل عما تقدم بما حاصله : أن الدين إنما يباح إذا كان للموكل بيعه فائدة ، وإلا فلا فائدة للموكل في بيعه فلا يباع إلا بتراضيها ؛ لكونه متردداً بينهما ؛ إن التفت إلى حكم التعدي كان البيع للوكيل ، وإن التفت إلى حكم إجازة تعديه كان للموكل ، وهذا يمنع من بيعه عنده إلا بتراضيها ، وإذا كان كذلك فلا يتحقق فيه السلف .

تنبيه : قال ابن يونس : كما راعوا في مسألة التسمية أن تكون قيمة الخمسة عشر أقل من العشرة المسماة أو أكثر ، فقياسه أن يعتبر أيضاً مع ما وقع البيع به إذا لم يكن سمي بما يكون أكثر السلعة أو أقل ، بخلاف ما تقدم عن «العتبية» أنه إذا باعها بأكثر من القيمة

ورضي المتعدي أن يعجل القيمة ويقتضي ذلك عند الأجل ويدفع ما زاد أنه جائز ، قال :
والمسألان يدخلهما القولان سمي أو لم يسم ، فاعرفه .

وأما المسألة الثالثة ، ففي «المدونة»^(١) : إن باع الوكيل أو ابتاع ما لا يشبه من الثمن أو بما لا يتغابن الناس بمثله لم يلزمك ؛ كييعه الأمة ذات الثمن الكثير بخمسة دنانير ونحوها ، ويرد ذلك كله ما لم يفت فيلزم الوكيل القيمة ، وإن باع بما يشبه جاز بيعه ، وإن أمره بشراء سلعة بعينها فابتاعها بألف درهم وهي من ثمانمائة لم يلزمك إلا أن تشاء ، وهي لازمة له ، وإن كانت شيئاً يتغابن بمثله لم يلزمه .

وَلَا يَبِيعُ مِنْ نَفْسِهِ وَلَا وَلَدَهُ وَلَا يَتِيمَهُ ، وَلَا يَشْتَرِي ، وَقِيلَ : لَهُ ذَلِكَ ، وَيَتَوَلَّى حِينَئِذٍ طَرَفِي الْعَقْدِ كَالْوَكِيلِ مِنْ كِلَا الْجَانِبَيْنِ فِي الْبَيْعِ وَالنَّكَاحِ

المشهور من المذهب والمعروف : أن الوكيل على بيع سلعة لا يكون له بيعها من نفسه ، فإن فعل فالموكل بالخيار في الرد والإمضاء ، ولو أعتق هذا الوكيل العبد الموكل هو على بيعه ، نص عليه غير ابن القاسم في القراض .

وقال عبد الوهاب : إن باعه من نفسه من غير محاباة جاز ؛ بناء على أن المخاطب هل يدخل تحت الخطاب أم لا ؟ والظاهر وإن قلنا : إنه يدخل فلا يميضي للتهمة ولا يقال تبين انتفاؤها بالبيع بالقيمة فأكثر ؛ لأننا نقول يحتمل أنه إنما اشتراها بذلك لما رأى أن من الناس من يرغب في شرائها بأكثر ، وعلى المذهب فإن فاتت السلعة فعليه الأكثر من الثمن والقيمة .

محمد : وهو بتغير الذات أو تغير السوق ، وذكر يحيى بن عمر قولاً آخر بأن تغيير السوق لا يفيتها ، وذكر ابن حبيب أن الوكيل على بيع سلعة فاشتراها ثم باعها بربح أن الربح للموكل ، وكذلك الوصي إذا اشترى من مال الأيتام لنفسه وباعه بربح فإن الربح لهم ، فرأى أن ذلك البيع الذي باعه من نفسه كأن لم يكن لكونه معزولاً .

قوله : (وَلَا وَلَدَهُ) أي : الصغير ، في السلم الثاني من «المدونة» : ومن وكل رجلاً يسلم له في طعام فأسلمه إلى نفسه ، أو ابنه الصغير ، أو لشريك له مفاوض ، أو شركة عنان ، أو زوجته ، أو مكاتبه ، أو مدبره ، أو أم ولده ، أو عبده المأذون له في التجارة ،

(١) «تهذيب المدونة» (٧١/٢) .

أو عبد لولده الصغار ، أو عبد أحد ممن ذكرنا ، أو ذمي ؛ فذلك كله جائز إن صح بغير محاباة ، ما خلا نفسه وشريكه المفاوض ، أو من يلي عليه من ولد ، أو يتيم ، أو سفيه وشبهه .

اللخمي : وإن أسلمه إلى ولده الكبير جاز ، وقيد سحنون المفاوض بما إذا أسلم إليه في المال الذي فاضه فيه ، وأما غيره فيجوز ، وجائز أن يسلم إلى ابنه الصغير ويتيمه ، وقال : لأن العهدة في أموالهم .

وإلى هذا القول وقول القاضي أشار بقوله : (وَقِيلَ : لَهُ ذَلِكَ) ، وما ذكر في «المدونة» في المدبر وأم الولد فهموه في المأذون لهما في التجارة .

ابن عبد السلام : وفي فهمهم ذلك منها نظر ، وقال يحيى بن عمر : لا يجوز أن يسلم لعبده المأذون .

قوله : (وَيَتَوَلَّى حَيْثُ تَدْرَجُ عَلَى الشَّاذِ) ، وقوله : (كَالْوَكِيلِ مِنْ كِلَا الْجَانِبَيْنِ فِي الْبَيْعِ) وذلك يتصور بأن يكون وكيلاً من شخصين ، أو ناظراً على يتيمين ونحو ذلك ، وكلاهما ظاهر .

وَلَوْ اشْتَرَى مَنْ يَعْتَقُ عَلَيْهِ عَالِماً وَلَمْ يُعَيِّنْهُ الْمُوَكَّلُ لَمْ يَعْتَقْ عَلَى الْمُوَكَّلِ ، وَفِي عِتْقِهِ عَلَى الْوَكِيلِ قَوْلَانِ

(عَلَيْهِ) أي : على الموكل ، و (عَالِماً) حال من الضمير في (اشْتَرَى) أي : الوكيل من يعتق على الموكل حالة كون الوكيل عالماً بذلك لم يعتق على الموكل ، وأما إن لم يعلم ؛ ففي المدونة وغيرها : أنه يعتق على الموكل ، وخرج غير واحد خلافاً في عدم لزوم البيع إذا لم يكن الوكيل عالماً ، ومنهم من استقرأه من كتاب الرهن من «المدونة» .
ابن عبد السلام : وفيه نظر .

واستشكل ما ذكر من التفرقة ؛ لأن عقد الوكالة أن تضمن قرابة الموكل صح مع علم الوكيل ، وعتقوا على الأمر ، وإن لم يتضمنهم لم يصح البيع مع عدم العلم ولم يلزم العتق .

وأجيب بأنه تضمنهم بدليل أنهم يعتقدون مع علم الوكيل كونه قصد اضطراره فلم يمكن من ذلك ، فقوله : ولم يعينه الموكل ، بل قال : اشتر لي ، فاشترى الوكيل أبا الموكل مثلاً ؛ فالوكيل متعداً ، لأن الموكل أخرج هذا بالعرف ؛ إذ المقصود من العبد في العادة

الاستخدام ولا يحصل هنا ، ولهذا المعنى أتى المصنف بهذه المسألة هنا ، لذلك لم يعتق على الموكل لأنه لم يدخل في ملكه ، ولزم الوكيل الشراء .

قال علماؤنا : إلا أن يبين أنه يشتريها لفلان ، فإن بين فلم يجز الأمر نقض البيع ، وإذا لم يجز الموكل الشراء ، فاختلف هل يعتق عليه لأنه كالملتزم لعنتقه وهو قول البرقي وابن العطار ، أو لا لأنه لا قرابة بينه وبين الوكيل وهو قول ابن عمر ؟ قال : وقاله أبو عبد الله بن معاوية ، وهو قول مالك في رواية ابن أبي أويس .

واختلف الشيوخ في أي المذهبين هو الجاري على قول ابن القاسم في المقارض يشتري من يعتق على رب المال ، هل يقال : هو كالمقارض لأنه إنما قال ابن القاسم بالعتق على المقارض ؛ لأنه عنده كالملتزم لعنتقه على رب المال وإليه ذهب ابن يونس ، أم لا لأن المقارض له شركة وهو قول جماعة من القرويين ، قال بعض الشيوخ : المراد بالجهل : هو ألا يعلم أنه أبوه جملة ، وأما لو علم به وجهل الحكم فيه هو كما لو علم لا فرق بينهما ، أما إن ادعى الموكل على الوكيل العلم ؛ فالقول قول الوكيل ، لأنه ادعى عليه عمارة ذمته ، فيحلف الوكيل ويلزم الموكل الشراء والعتق ، فإن نكل حلف الموكل وأغرمه الثمن وعتق على المأمور اتفاقاً لإقراره بحرية هذا العبد على الموكل بسبب أنه اشتراه له غير عالم .

الللخمي : وإن قال الوكيل : كنت أمرتني بشراء هذا العبد ، وقال الأمر : بل بعبد آخر ، وقال : أمرتني بتمر ، وقال : لا بل بقمح ، فقد اختلف في ذلك هل يكون القول قول الأمر ، أو المأمور ، والمشتري حر باتفاق .

وَعَلَى عَتَقِهِ إِنْ كَانَ مُعْسِراً بَيْعَ أَوْ بَعْضَهُ وَعَتَقَ مَا فَضَلَ ، وَالْوَلَاءُ لِلْمُوكَّلِ .

يعني : وعلى القول بأنه يعتق على المأمور ، فإنما ذلك إذا كان موسراً ، وإن كان معسراً بالكلية بيع جميعه ، وإن كان معسراً ببعضه عتق ما فضل ، وهذا فسر البرقي ، والولاء للموكل لأنه عبده كأنه أعتقه .

الْعَاقِدَانِ وَمَنْ جَازَ أَنْ يَتَصَرَّفَ لِنَفْسِهِ ، جَازَ أَنْ يُوكَّلَ وَيُوكَّلَ إِلَّا لِمَنْعٍ .

العاقدان : هو الوكيل والموكل ، وفي كلامه حذف في موضعين ؛ في صلة المبتدأ إن عددت (من) موصولة ، أو في غيرها إن عدتها شرطية ، والمحذوف الثاني في الخبر ، أو فعل الجزاء ، التقدير : من جاز له أن يتصرف لنفسه في شيء جاز له أن يوكل أو يتوكل فيه إلا لمنع ، وعلى هذا فيجوز للمحجور عليها أن توكل في ملازم عصمتها .

وقوله : (إِيْلَامَانِعِ) أي : من الموانع المتقدمة في الحجر ، وذلك لأن التوكل والتوكيل راجعان إلى الإجارة أو العارية .

فإن قيل : يرد عليه ما في «المدونة»^(١) : من وكل عبداً مأذوناً له في التجارة أو غير مأذون يسلم له في طعام ففعل ؛ فذلك جائز ، لأنه لا يتصرف لنفسه .

فالجواب : أن ذلك محمول على المأذون له بالاتفاق .

وَفِيهَا : لَا يُوكَلُ الذَّمِّيُّ عَلَى مُسْلِمٍ أَوْ بَيْعٍ أَوْ شِرَاءٍ أَوْ يُبْذَعُ مَعَهُ ، وَكَرِهَهُ وَلَوْ كَانَ عَبْدًا

لما قال : إلا مانع ، وكانت الموانع المتقدمة في باب الحجر معلومة أخذ يشير إلى زيادة على ذلك ، والمانع هنا اختلاف الدين .

وما نسبه «للمدونة» تبع فيه ابن شاس^(٢) ، قال ، وقال المازري : وما ذاك إلا أنه قد يغلظ على المسلمين .

ابن عبد السلام : وليس فيما بين أيدينا من المختصرات هذا اللفظ على «المدونة» ، تبع فيه ابن شاس في كراهته توكيل الذمي على المسلم ، وإنما فيها أن يكون للمسلم على تقاضي ديونه بعضهم على نحو ما ذكره المصنف ، انتهى .

وقوله : (وَكَرِهَهُ) المراد بالكراهة التحريم ، ولفظ «المدونة» في السلم الثاني : ولا يجوز أن توكل ذمياً أن يسلم لك في طعام ، ولا أن يشتري لك ولا يبيع ، ولا تستأجره أن يتقاضى لك ، ولا تبضع معه ، وكذلك عبده النصراني .

خليل : ومعنى «المدونة» كما نقله المصنف ، والمصنف لم يلتزم نقل لفظ «المدونة»

فاعلمه .

فائدة : قال في «البيان»^(٣) في باب الرضاع : إجارة المسلم نفسه من اليهودي والنصراني على أربعة أقسام ؛ جائزة ، ومكروهة ، ومحظورة ، وحرام .

فالجائزة : أن يعمل له عملاً في بيت نفسه ، أو في حانوته ؛ كالصانع يعمل للناس فلا

(١) «المدونة» (٥١/٩) .

(٢) «الجواهر» (٦٧٧/٢) .

(٣) «البيان والتحصيل» (٣٨٢/١٢) .

بأس به ، كما يفعل للناس من غير أن يستبد بعمله .

والمكروه : أن يستبد بجميع عمله من غير أن يكون تحت يده ، مثل : أن يكون مقارضاً أو مساقياً .

والمحذور : أن يؤاجر نفسه في عمل يكون فيه تحت يده ؛ كأجير الخدمة في بيته وما أشبه ذلك ، فهذا يفسخ إن عثر عليها ، وإن فاتت مضت وللأجير الأجرة .

والحرام : أن يؤاجر منه نفسه بما لا يحل من عمل الخمر ، أو رعي الخنازير ؛ فهذا يفسخ إن عثر عليها قبل العمل ، فإن فات العمل تصدق بالأجرة على المساكين ، انتهى .

ولعله عبر بالمحذور في الثالث وفي الرابع بالحرام لتغاير الأحكام ، وإلا فالحرام والمحذور مترادفان ، وقيل في الوجه الأول بالكراهة وهو الذي اختاره فضل .

وَلَا يُوَكَّلُ عَدُوٌّ عَلَىٰ عَدُوِّهِ .

لأنه يجيز بذلك السبيل إلى نصرته .

وَيَمْلِكُ الْوَكِيلُ الْمُطَالَبَةَ بِالثَّمَنِ وَقَبْضَهُ ، وَقَبْضَ الْمَبِيعِ ، وَالرَّدَّ بِالْعَيْبِ .

يعني : أن التوكيل على البيع يستلزم أن يكون للوكيل المطالبة وقبض الثمن ، ولذلك لو سلم إليه المبيع ولم يقبض ضمنه .

وهذا مقيد بما إذا لم تكن العادة الترك ، فقد نص أبو عمران على أنه لو كانت العادة في الرباع أن وكيل البيع لا يقبض ، فإن المشتري لا يبرأ بالدفع إليه .

وقوله : (وَقَبْضَ الْمَبِيعِ) أي : والتوكيل أيضاً على الشراء يستلزم قبض ما اشتراه ويستلزم الرد بالعيب ، ولهذا قال ابن الهندي : كل من نص له في الوكالة على شيء فلا يتعداه إلا هنا ، أما لو وكله على البيع وصرح بأنه لا يقبض الثمن مثلاً فلا يكون له القبض .

وقوله : (وَالرَّدَّ بِالْعَيْبِ) يريد : ولم يعلم الوكيل بالعيب قبل شرائه ودخل على ذلك لقوله :

فَإِنْ عَلِمَ بِالْعَيْبِ كَانَ لَهُ وَلَا رَدَّ إِلَّا فِي الْيَسِيرِ ، وَشِرَاؤُهُ نَظْرٌ .

يعني : وأما لو علم الوكيل بالعيب قبل الشراء فالمشتري له ولا رد للوكيل إلا بشرطين أو شرط مركب من جزأين ؛ أن يكون العيب يسيراً ، وأن يكون شراؤه نظراً للأمر ؛ أي :

مصلحة له .

قال في «المدونة»^(١) : وإن اشترى الوكيل معيباً وكان عيباً خفيفاً يغتفر مثله ، وكان شراؤه فرصة ؛ لزم الموكل ، وإن كان عيباً مفسداً لم يلزمه إلا أن يشاء ، وهي لازمة للمأمور إلا أن يشاء ، بين لك أن مراد المصنف بقوله : (كَانَ لَهُ) إن شاء .

فَلَوْ عَيْنَهُ الْمَوْكَلُ فَلَا رَدَّ لِلْوَكِيلِ ، وَقَالَ أَشْهَبُ : لَهُ ذَلِكَ .

يعني : أن ما قدمه من أن للوكيل الرد بالعيب إنما هو إذا لم يكن المأمور عين المشتري ، وأما إن قال له : اشتر لي عبد فلان ، فلا رد للوكيل ؛ لاحتمال أن يكون الأمر قد علم بعيبه ، أو يغتفره عند اطلاعه لغرضه فيه .

وقال أشهب : له الرد كالأول ، هذا ظاهر كلامه وفيه نظر ؛ لأنه عكس المنقول .

ابن عبيد السلام : وذلك أنه اتفق على أنه لا رد للوكيل إن كانت السلعة معينة ، واختلف إذا لم تكن معينة ، فقال ابن القاسم في «المدونة»^(٢) : له أن يرد ؛ لأنه ضامن لمخالفة الصفة ، وقال أشهب : ليس له أن يرد ، فإن رد فللموكل ألا يجيز الرد ويضمنه قيمتها إن فاتت .

أبو عمران : وإذا كان يلزمه الضمان بإمساكه السلعة على قول ابن القاسم ويرد طالباً على قول أشهب بالحيلة في التخلص منه أن يرفع للحاكم فيحكم له بأحد المذهبين فيسقط عنه الضمان ، وقيد اللخمي قول ابن القاسم بما إذا كان العيب ظاهراً ، فقال ابن القاسم : للوكيل أن يرد لأنه ضامن إذا اشترى معيباً ، ثم قال : وقول ابن القاسم بين إن كان العيب ظاهراً لأنه فرط .

اللخمي : وإن كان مما يخفى فلا شيء عليه ، وإذا لم يكن عليه ضمان لم يكن له أن

يرد .

تنبيه : ما ذكره إنما هو في الوكيل المخصوص ، وأما المفوض فيجوز أن يرد ولو عين الأمر له المشتري ، وكذلك له أن يقبل ونحو ذلك من غير محاباة ، نص عليه في «المدونة» .

(١) «المدونة» (١٠/٣٤٩) .

(٢) «المدونة» (١٠/٣٤٩) .

وَيَطَّالِبُ بِالثَّمَنِ وَالْمَثْمُونِ مَا لَمْ يُصْرَحْ بِالْبَرَاءَةِ .

يعني : ويطالب الوكيل بثمان ما اشترى وبما باع ، ولا ينجيه من هذه المطالبة على البائع في الأولى ، أو على المشتري في الثانية أنه وكيل ، ولا التصريح بالوكالة حتى يصرح أنه لا شيء عليه من دفع الثمن ولا من دفع المبيع ، وإنما يدفع ذلك الموكل ؛ لأن الأصل أن قابض العوض يلزمه دفع عوضه ، فقابض المبيع يلزمه دفع الثمن ، وقابض الثمن يلزمه دفع المبيع ، وقد ذكر في «المدونة» في كتاب العيوب والمواز مثل ما ذكره المصنف سواء وهو أصل المذهب ، لكن في السلم الثاني للمالك إن وكل رجلاً أن يأخذ له سلماً من آخر فإنه يلزمه ، قال : فإن شرط عليه المتاع أنه إن لم يرض الرجل فالسلم عليك جاز ، وكذلك إن ابتعت لرجل سلعة بأمره من رجل يعرفه البائع على أن الرجل إن أقر له بالثمن وإلا فهو عليك نقداً أو إلى أجل ؛ فلا بأس به ، وظاهره أن المطالبة بالعوض في المسألتين إنما هي للموكل لا الوكيل إلا بشرط ، وقد يقال : هاتان المسألتان راجعتان إلى اشتراط تقديم الموكل والله أعلم .

وقال أشهب ، وسحنون في مسألة السلم : إنها لا تجوز ، ولقولهما وجه ، وتركنا ما يتعلق بمسألة السلم لأنها دخيلة في هذا الباب .

فرع :

قال في «الموازية» : إن قال فلان بعثني إليك لتبيعه فهو كالشرط ، ولا يتبع إلا فلاناً وإن أنكر فلان غرم الرسول رأس المال .

أشهب : وإن قال : بعثني إليك لأشترى منك أو لتبيعي ؛ فالثمن على الرسول ولو أقر بذلك الرسول فلا يبرأ وهو عليهما .

فرع : ولو أسلم رجل في شيء وقال له : هو لفلان ، فأتى فلان في غيبة المسلم فطلبه ، فهل يجبر على الدفع وهو قول بعض القرويين ، أو لا لأنه يقول : إن دفعت لك قد يأتي المسلم وينكر فأغرم ثانية وهو قول ابن القاسم في «كتاب ابن سحنون» .

وَالْعَهْدَةُ عَلَيْهِ مَا لَمْ يُصْرَحْ بِالْوَكَاةِ أَوْ يَعْلَمُ .

وعهدة العيب والاستحقاق على الوكيل ، إلا أن يصرح بأنه وكيل أو يعلم المشتري

بذلك ، فحينئذ يطلب الموكل وهو إذاً مقيد بما إذا رد السلعة عليه ويكون الثمن على الموكل وإن لم يعلمه بأنه لفلان حلف الوكيل ، وإلا ردت السلعة إليه .

وفي «الموازية» : لا يمين على الوكيل - أى : المفوض - وأما المخصوص فعليه اليمين ويبتع كما يبتع البائع إذا تولى المبايعة ، وجعل الأمر في العهدة أخف من المطالبة بالثمن ؛ لأن التصريح بالوكالة والعلم بها لا يكون مقتضياً لعدم المطالبة بالثمن ؛ لأن المطالبة بالثمن أو المثمن لا بد منها ، والأصل عدم الاستحقاق والعيب .

ولأصيح أن العهدة كالثمن ؛ لأنه قال في خامس الثمانية : ما كان من رد بعيب فذلك على المتولي البيع ، إلا أن يشترط عند البيع اشتراطاً بيناً أنه لا عهدة عليه ولا تباعة ولكن على ربه ، فحينئذ لا يكون عليه من تباعة ذلك شيء .

وقد تبين لك أن قوله : (فِيْطَالِبُهُ) مرفوع على قوله : (مَا لَمْ يُصْرَحْ) أي : إذا صرح أو علم طوالب حينئذ ، وقد ذكرنا هذه المسألة في البيوع .

وَلَوْ تَلَفَ الثَّمَنُ فِي يَدِهِ رَجَعَ عَلَى مُوَكَّلِهِ .

يعني : ولو تلف الثمن في يد الوكيل قبل أن يصل إلى يد البائع فإن الوكيل يرجع على موكله بالثمن ولو تلف مراراً ، وهذا مقيد بما إذا لم يكن الموكل دفع الثمن أولاً ، وأما إن دفع قبل الشراء فضاغ ؛ فإنه لا يلزم الأمر غرم الثمن ثانياً إن أبى ، هكذا ذكر في «المدونة» الحكم في المسألتين وفرق بينهما بأنه في الثانية مال بعينه وقد ذهب ، بخلاف الأولى فإنه إنما اشترى على ذمتك حتى يصل إلى ربه .

ابن المواز : وعليه الخلف ، ولو تلفت السلعة التي اشتراها فلبعض المدنيين : لا يلزم الموكل غرم الثمن في الوجه الأول فأحرى الثاني ، ذكره في «المدونة» في باب القراض .

وللمغيرة : يلزمه غرم الثمن في الثاني فأحرى الأول .

ابن يونس : وأبينها التفصيل ، قال غيره : وهذا الخلاف إنما هو عند الإطلاق ، وأما لو قال : اشتر على الذمة أو هذه على التعيين لنفع الشرط اتفاقاً ، ويحتمل أن يريد المصنف أن الوكيل على البيع إذا باع وقبض الثمن ثم تلف منه من غير تعد ثم اطع المشتري على عيب في المبيع أو استحق منه فإنه يرجع بما وجب له على الموكل ، ويكون فاعل (رَجَعَ) ضميراً عائداً على المشتري المفهوم من السياق ، أو يقرأ (رَجَعَ) مبنياً للمفعول وفي هذا بعد ؛ لأنه

يستغنى عنه بما تقدم ، وعلى هذا فالأول أظهر ؛ لكنه قد أدخل بأحد وجهي المسألة كما تبين لك .

ابن عبد السلام : والأقرب منهما مذهب المغيرة ؛ لأن الثمن في ذمة الموكل أمينه ، وإنما قلنا : إنه في ذمة الموكل لأن الدراهم والدنانير إذا لم تتعين في حق المتبايعين على المعروف فأحرى ألا تتعين في حق الوكيل .

وقال أبو الحسن : انظر قوله : لأن هذا مال بعينه فقد ذهب ، فإنه يناقض مذهبه في غير موضع ؛ في أن من باع سلعة بثمن أو استحق الثمن وكان عيناً أن البيع لا ينقض ويغرم الثمن ، إلا أن يقال : ليست العلة مجرد التعيين بل العلة مركبة من وصفين ؛ التعيين ، وعدم المباشرة للمعاملة .

وَلَوْ سَلَّمَ الْمَبِيعَ وَلَمْ يَشْهَدْ فَجَحَدَ الْمُشْتَرِي الثَّمْنَ ضَمِنَ .

يعني : ولو أسلم الوكيل على البيع المبيع ولم يشهد على القبض فجحد المشتري الثمن ؛ يريد : وأصل البيع ، وإلا فلو أقر بالبيع وقبض السلعة وادعى دفع الثمن لكان مدعياً يلزمه الغريم إذا حلف الوكيل ، ولو أقر المصنف لفظ (الثمن) عن (ضمّن) لكان حسناً ، وكان يأتي على مذهب ابن شبلون في «المدونة»^(١) ؛ لأن فيها : ولو وكله على بيع سلعة فباعها ولم يشهد على المشتري فهو ضامن ؛ لأنه أتلف الثمن إذا لم يشهد ، قال : وقد قال مالك فيمن أبعض معه بضاعة ليوصلها لرجل ، فذكر أنه وصلها وأنكر المبعوث إليه أن تكون قد وصلت إليه أن الوكيل ضامن إذا لم يشهد ، فأبقاها ابن شبلون على ظاهرها أنه يضمن الثمن ، وهو اختيار عبد الحق وابن يونس وغيرهما ، ولأن في «الموازية» ما يدل عليه ، قال ابن أبي زيد : يضمن قيمة السلعة ، وقال بعض الأصحاب : يضمن الأقل من قيمة السلعة والثمن .

وذهب ابن الماجشون إلى عدم الضمان في مسألة البضاعة التي استشهد لها في «المدونة» .

وأشار اللخمي إلى تخريجه في مسألة المصنف من ضمان الوكيل لعدم الإشهاد ؛ إنما هو إذا كانت العادة الإشهاد ، وأما إذا كانت العادة تركه في بعض المبيعات ليسارتها ، قال

الشيخ أبو محمد ، وأبو بكر بن عبد الرحمن : لا ضمان عليه ، وهو اختيار اللخمي ، وقال ابن التبان ، والإيباني : عليه الضمان ، والأول أظهر .

وَلَوْ أَقْبَضَ الدَّيْنَ فَكَذَلِكَ ، وَقِيلَ : إِلَّا أَنْ تَكُونَ الْعَادَةُ التَّرْكَ .

أي : لو أقبض الوكيل الدين الذي على موكله لصاحبه فكذلك يضمن إذا جحد صاحب الدين القبض لتفريطه .

وقوله : (وَقِيلَ ... إلخ) .

ابن عبد السلام : وهو قول ثالث ذكره غير واحد ، وأشار بعضهم إلى أنه لا يختلف في سقوط الضمان إن كانت العادة ترك الإشهاد ، وإنما يختلف إذا كانت العادة بالأمرين معاً الإشهاد وعدمه ، أو لم تكن عادة بالجملة حيث لم تضبط العادة بشيء .

ابن عبد السلام : وقيل في الوكيل على مطالبة غريمه يدفع بغير بينة : إنه غير ضامن ، وعد هذا بعضهم تقييداً للمشهور ، ولعل هذا إن صح يكون حيث جرت العادة بترك الإشهاد ، انتهى .

فرعان ؛ أولهما : استثنى من الضمان ما إذا كان الدفع بحضرة رب المال ، ففي قراض «المدونة»^(١) : وإن كان وكل على شراء سلعة معينة أو غير معينة فدفعت الثمن وجحده البائع هو ضامن ولرب المالكين تغريمه ، وإن علم بقبض البائع الثمن بإقراره عنده ثم جحده ، أو بغير ذلك ويطلب له ما يقضى له به ذلك إلا أن يرجع الوكيل الثمن بحضرة رب المال فلا يضمن ، انتهى .

ثانيهما : إذا شرط المأمور أنه لا يشهد عند دفع البضاعة ثم جحد القابض ؛ جاز الشرط ونفع المأمور وحلف إذا كان غير أمين .

مطرف : ولو شرط المأمور أن لا يمين عليه فشرطه باطل للتهمة .

وَلَوْ قَالَ : قَبَضْتُ الثَّمْنَ وَتَلَفَ بَرِيٌّ وَلَمْ يَبْرَأِ الْغَرِيمُ إِلَّا بَيِّنَةً إِلَّا فِي الْوَكِيلِ الْمُفَوَّضِ .

أي : لو قال الوكيل : قبضت ثمن ما بعته وتلف برئ ؛ لأنه أمين ، لكن لا يبرأ المشتري إلا ببينة تشهد بمعاينة الدفع ، إلا في الوكيل المفوض فإن المبتاع يبرأ بإقراره ، وفي معناه الوصي .

مطرف : وإذا ودى الغريم الثمن فله أن يرجع على الوكيل لأنه فرط في دفعه حتى

ضاع، وقال ابن الماجشون : لا يرجع بشيء حتى يُعلم من الوكيل تفريط ، وهو اختيار ابن حبيب ، وعن ابن القاسم في المأمور يدفع ثوباً إلى صباغ ، فقال : دفعته إليه وأنكر الصباغ ؛ فإن لم يقر الرسول بينة ضمن ، ولو قال الصباغ : قبضته وضاع مني وهو عديم ولا بينة بالدفع إليه ؛ فالصباغ ضامن ويبرأ المأمور .

وَلَوْ أَنْكَرَ الْوَكِيلُ قَبْضَ الثَّمَنِ فَقَامَتِ الْبَيِّنَةُ ، فَقَالَ : تَلَفَ أَوْ رَدَدْتُهُ لَمْ يُسْمَعْ وَلَا بَيِّنَةٌ لِأَنَّهُ كَذَّبَهَا

تصوره ظاهر .

وقيل في هذا الأصل : إن البينة تقبل ، ونظيرتها ما أشار إليه بقوله :

وَكَذَلِكَ مَنْ عَلَيْهِ دَيْنٌ .

وهو ظاهر ، وكذلك لو أنكر المودع الوديعة فقامت عليه البينة ، فقال : رددتها وأقام البينة على الرد أو التلف ، وكذلك أيضاً الزوج يملك زوجته فتطلق نفسها ثلاثاً فينكر التمليك فتقول بذلك البينة ، فيقول : إنما قصدت واحدة ، وكذلك إذا طولب بئمن سلعة اشتراها وأنكر الشراء فأقام المدعي البينة عليه وعلى قبض السلعة وأقام المدعى عليه بيئته فدفع ثمنها ، وكذلك إذا ادعت عليه زوجته أنه قذفها فأنكر فأثبتت أنه قذفها فأراد أن يلاعن ، فقال ابن القاسم : له ذلك ، وقال غيره : ليس له ذلك ويجلد .

وَقِيمَ الْيَتِيمَ لَا يُصَدَّقُ فِي الدَّفْعِ .

لأنه لو كان مصدقاً لم يحتج إلى إسهاد لكن يحتاج إليه لقوله تعالى : ﴿ فَإِذَا دَفَعْتُمْ إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ فَأَشْهِدُوا عَلَيْهِمْ ﴾ [النساء: 6] ، وجعل أهل المذهب هذه الآية أصلاً في كل من ادعى الدفع إلى غير اليد الذي اتتمته أنه لا يصدق إلا ببينة ، وعلى قول ابن الماجشون أنه بعث بضاعة مع رجل أنه لا يلزمه الإسهاد في دفعها ، وإن أنكر القابض كانت ديناً أو صلة يتخرج منه قبول دعوى الوصي الرد على الأيتام .

ونقل بعضهم قول ابن الماجشون صريحاً في الأيتام وجعل منشأ الخلاف قوله تعالى : ﴿ فَإِذَا دَفَعْتُمْ إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ فَأَشْهِدُوا عَلَيْهِمْ ﴾ هل ذلك لئلا تغرموا ولا تحلفوا ، وعلى المشهور من الغرم مع عدم الإسهاد فإنما ذلك إذا أقام اليتيم عليه بالقرب .

مالك في «الموازية» : وإن طال الزمان فيما بين رشدهم وقيامهم ، مثل ثلاثين أو عشرين

سنة لا يسألونه عن شيء ؛ فإنما عليه اليمين لقد دفع إليهم أموالهم ، ونحوه في «العتبية» .

وقال ابن زرب : إذا قاموا بعد العشر أو الثماني لم يكن له قبله إلا اليمين .

وَالْمُصَدِّقُ فِي الرَّدِّ لَيْسَ لَهُ التَّأْخِيرُ لِعُذْرِ الْإِشْهَادِ .

أي : والذي يصدق في دعوى الرد من وكيل أو مودع ليس له أن يؤخر الدفع ويعتذر بالإشهاد ؛ إذ لا فائدة له لأنه مصدق في دعواه الرد من غير إشهاد .

وذكر المصنف المسألة في صورة القاعدة الكلية ، وإن كان إنما تكلم فيؤخذ منه الحكم في الوديعة ، وما ذكره من تصديق الوكيل في دعواه الرد هو مذهب «المدونة» .

وحكى ابن رشد في ذلك أربعة أقوال :

الأول : هنا أنه يصدق مع يمينه ، وهو قول مالك في «العتبية» ومذهب «المدونة» في آخر الوكالات .

والثاني : إن كان بقرب ذلك بالأيام اليسيرة فالقول قول الموكل أنه ما قبض منه شيئاً وعلى الوكيل إقامة البينة ، وإن تباعد الأمر كالشهر ونحوه فالقول قول الوكيل مع يمينه ، وإن طال الأمر جداً لم يكن على الوكيل يمين ، رواه مطرف عن مالك .

والثالث لابن الماجشون ، وابن عبد الحكم : إن كان بحضرة ذلك وقربه بالأيام اليسيرة صدق الوكيل مع يمينه ، وإن طال الأمر جداً صدق الوكيل بلا يمين .

والرابع : التفرقة لأصبح بين الوكيل على الشيء بعينه فيصدق إلا أن يقيم البينة وإن طال الأمر ، وبين الوكيل المفوض إليه فيصدق في القرب مع يمينه ؛ ففي البعد بغير اليمين ، ابن الماجشون : ولو مات وكيل المرأة -زوجاً أو غيره- بحدثان القبض كان ذلك في مال الوكيل -زوجاً أو غيره- إذا عرف القبض وجهل الدفع ، فإن كان مؤتمناً بغير حدثان ذلك ، وما يكون في مثله الدفع فلا شيء في أموالهما ، وإن لم يقر بالدفع ، قال في «البيان»^(١) : ولا خلاف عندي في هذا الوجه ، انتهى .

ولو قيل : إن للوكيل والمودع تأخير الدفع حتى يشهد لكان حسناً ؛ لأنهما يقولان : إذا لم يشهدا توجه عليهما اليمين فكان لنا التأخير لتسقط عنا اليمين ، لاسيما الوكيل لهذا الخلاف الذي فيه ، وقاله بعضهم .

(١) «البيان والتحصيل» (١٩/١٣) .

وَالْوَكِيلُ فِي التَّعْيِينِ لَا يُوَكَّلُ إِلَّا فِيمَا لَا يَلِيقُ بِهِ أَوْ لَا يَسْتَقِلُّ لِكَثْرَتِهَا .

احتترز بالتعيين من المفوض فإن له أن يوكل على المعروف ، وحكى في «البيان»^(١) قولاً بأنه لا يوكل ، قال : والأظهر أن له ذلك ؛ لأن الموكل أحله محل نفسه فكان كالوصي ، ولم يكن للوكيل توكيل غيره ؛ لأن الموكل لم يرض إلا بأمانته ، ولأنه تصرف في الوكالة على خلاف ما أذن له .

واستثنى المصنف موضعين :

الأول : أن يكون الوكيل لا يليق به تولي الموكل فيه ؛ كمن وكل رجلاً شريفاً معروفاً بالجلالة على بيع ثوب أو دابة ، لأن الوكيل لما كان لا يتصرف في هذا لنفسه كان ذلك قرينة في إجازة توكيله غيره ، فكان ذلك كالتصريح بإجازة التوكيل .

والموضع الثاني : أن يوكله على أمور كثيرة لا يمكن الوكيل أن يستقل بها ؛ لأنه بالعادة قد أذن له في التوكيل ، إلا أن الوكيل في الموضع الثاني يسوغ له أن يستعين بوكيل آخر ولا يجعل جميع ما إليه للوكيل ، بخلاف الأول فإنه يوكل على جميع ما جعل له ، ولا شك في الأول إذا علم الموكل بحال الوكيل ، وأما إن لم يعلم ؛ فقطع بعضهم بأنه لا التفات لعلمه .

قال التونسي : وانظر إن لم يعلم بذلك رد المال ، فإن كان الوكيل مشهوراً فإنه لا يلي مثل ذلك فالأشبه ألا يضمن ، وإن لم يكن مشهوراً بذلك فرضاه بالوكالة يدل على أنه هو المتولي حتى يعلم رب المال أنه لا يتولى .

وفي «المقدمات»^(٢) : ليس له أن يوكل على ما وكل عليه غيره ، ولا أن يوصي إلى أحد بذلك ، إلا أن يجعل ذلك إليه الموصي ، فإن فعل فتلف المال ضمن على مذهب ابن القاسم ، وإن علم أنه لا يلي مثل ذلك لنفسه إذا لم يعلم بذلك الموكل الأول ، وهذا نص رواية يحيى عن ابن القاسم ، وفي ذلك نظر ، وقال أشهب : إذا كان مثله في الكفالة فلا ضمان عليه ، انتهى .

فرع : فإن وكل حيث لم يكن له ذلك ؛ فالمعروف من المذهب أنه متعد .

(١) «البيان والتحصيل» (١٩٢/٨) .

(٢) «المقدمات» (٢١٨/٢) .

قال في «المدونة» (١): ومن وكل رجلاً ليسلم له في طعام فوكل الموكل غيره لم يجز ، ولأصبغ وغيره : إذا فعل وكيله مثل ما فعل الوكيل الأعلى في النظر والصحة لزم ، وإن كان على خلاف ذلك لم يلزمه ولم يجز الرضا به ، واختلف في قوله في الكتاب : لم يجز ، فحملة بعضهم على أن للأمر فسخه وإجازته .

وحملة ابن يونس على أن المعنى لم يجز رضا الأمر بما يعمل وكيل وكيله ؛ إذ بتعديده صار الثمن عليه ديناً للأمر فلا يفسخه في سلم الوكيل الثاني ، إلا أن يكون قد حل قبضه فيجوز لسلامته من الدين .

وروى ابن القاسم عن مالك في «الواضحة» : أن للموكل الخيار كالتأويل الأول ، ابن حبيب : وأنكر ذلك أصبغ ومن لقيت من أصحاب مالك .

وَلَا يُوكَّلُ إِلَّا أَمِينًا .

وحيث قلنا: إن للوكيل التوكيل فلا يوكل إلا أميناً ؛ لأن العادة إنما تدل على ذلك .

وَلَا يَنْعَزِلُ الْوَكِيلُ الثَّانِي بِمَوْتِ الْأَوَّلِ .

لأنه صار كالوكيل عن الأصل ، فإنما لا نجيز له الوكالة إلا إذا أمكن له في ذلك ؛ إما بإذن صريح ، أو بحسب العادة ، وعلى هذا التقدير ، فقال المازري : الأظهر أن الوكيل الثاني لا ينعزل بموت الوكيل الأول ، بخلاف انعزال الأول بموت موكله .

وَيَنْعَزِلَانِ بِمَوْتِ الْمُوَكَّلِ ، وَقِيلَ : لَا يَنْعَزِلُ الْمُفَوَّضُ إِلَّا بِعَزْلِ الْوَرَثَةِ .

أي : ينعزل الوكيل الأعلى والأسفل بموت الموكل على المشهور ؛ لأنهما إنما كانا يتصرفان له وقد انتقل المال بعد الموت للوارث ، وسواء كان كل واحد منهما مفوضاً إليه أم لا ، والقول بأنه لا ينعزل المفوض إلا بعزل الورثة لمطرف وابن الماجشون .

وجهه القياس على القاضي والأمير ، فإنهما لا ينعزلان بموت الخليفة ، والفرق للأول أن الوكيل إنما قدم لمصلحة الموكل ، وقد حكى ابن الماجشون إجماع العلماء على مثل المشهور ، ووقع لأصبغ أن الوكالة تنسخ بموت الموكل ، وإن كان رب المال هو البائع فلا يجوز له أن يتقاضى الثمن إلا بتوكيل الورثة ، بخلاف إذا كان الوكيل هو المتولي فهو على

ولايته ، ومراد المصنف بقوله : (يَعَزَّلَانِ بِمَوْتِ الْمُؤَكَّلِ) إذا علما ، ويدل على ذلك قوله :

وَفِي أَنْعَزَالِهِ قَبْلَ بُلُوغِ الْخَبَرِ إِلَيْهِ فِي الْمَوْتِ ، وَفِي الْغَيْبَةِ قَوْلَانِ .

لأن حكايته الخلاف هنا فيما إذا لم يبلغه الخبر يدل على أن الأول محمول على العلم ، ومذهب «المدونة» : أنه لا ينزل قبل علمه في الموت ، ففيها : إن اشترى بعد موت الأمر ولم يعلم بموته ؛ فذلك لازم للورثة ، ويؤخذ الثمن من التركة إن لم يكن الوكيل قبضه ، وكذلك ما باع .

وعلى حمل «المدونة» على هذا من الفرق بين العلم وعدمه عامة الشيوخ ، والقول بأنه ينزل بمجرد الموت لابن القاسم وأصعب ، وروي أيضاً عن مالك ، وزعم اللخمي أنه ظاهر المذهب ، وتأول ما في «المدونة» على أن البائع والمشتري غابا ، ولو كانا حاضرين وبينهما الرجل أنه وكيل ؛ كان للورثة رد ذلك .

وأما العزل وإليه أشار المصنف بقوله : (وَفِي الْغَيْبَةِ) فتأول أبو عمران أن المذهب في العزل كالموت يصح تصرفه قبل العلم ، وهو قول ابن القاسم وأشهب ، ورأى أن ما في «المدونة»^(١) في آخر كتاب الشركة : أن الوكيل لو كان مفوضاً إليه إذا خلعه غرامؤه ، فذلك أنه لا يبرأ غريم بما دفع إليه كان من ثمن أم لا خلافاً لهذا .

وكذلك اعترض سحنون مسألة الشركة ، وتأول بعضهم أنه لا فرق بين العزل والموت ، وإلى التسوية ذهب التونسي وابن محرز وتأولوا مسألة الشركة أن العزل كان مشهوراً فلم يصدقه على أنه لم يعلم ، وعلى هذا فيتحصل في مسألة الموت والعزل قبل العلم ثلاثة أقوال : ثالثها : يمضي تصرفه الموت دون العزل ، ولعله في هذا القول الثالث لاحظ قول مطرف أن الوكيل لا ينزل في الموت ، وإلا ففي الفرق بينهما من حيث المعنى عسر .

وذكر في «المقدمات»^(٢) عن بعضهم أنه يقول : لا فرق بين المسألتين ، ويجعل في كل منهما ثلاثة أقوال ؛ أنه لا يبرأ من دفع إلى الوكيل فيهما ، وإن لم يعلم الدافع بذلك ؛ علم الوكيل أو لم يعلم أنه يبرأ فيهما إذا دفع ولم يعلم بموت موكله أو عزله ، ولا فرق

(١) «تهذيب المدونة» (٣/٢٣٧) .

(٢) «المقدمات» (٢/٢١٨) .

بين أن يعلم الوكيل ذلك أم لا ، والثالث : أنه يبرأ إذا دفع إليه ولم يعلم هو والوكيل ، ولا يبرأ إن علم الدافع بالموت والعزل .

ويتحصل في المسألة خمسة أقوال ، والمصنف لم يتعرض لشيء من ذلك ، فلذلك تركناها نحن أيضاً ، والخلاف مبني في هذه المسألة على الخلاف في الفسخ من حين الوصول أو البلوغ ، واختار جماعة القول بأنه لا ينعزل فيهما استصحاباً للحال ، وإلا أدى إلى الشك في إنكاحه ومعاملته ، وقياساً على أهل قباء ، وأجيب عن القياس بأن المكلف إذا أمر بالتوجه إلى بيت المقدس حرم الإحرام لغيره وهو مضطر إلى الفعل فعذر ، بخلاف تصرف الوكيل فإنه من المباحات ، والله أعلم .

قال بعض الشافعية : وتنفسخ الوكالة بطرود الجنون على الوكيل والموكل ؛ لأن الوكالة من العقود الجائزة فوجب أن تنفسخ بالجنون لطروده على عقد غير لازم .

المازري : وفيه تفصيل عندي ، فإن طرأ على الوكيل ثم عاد عليه عقله ثم أراد إبقاء على التصرف فإنه يمكن من ذلك إذا كان الموكل حاضراً أو لم يعزله ، وإن كان غائباً ولم يعلم بجنونه فإن ذلك لا يمنعه من التصرف ؛ لأن الموكل أذن له في التصرف مع جواز القواطع ، وإن كان طرود الجنون على الموكل ؛ فالأظهر أنه يمكن من التصرف كوديعة أودعها ، لكن لو طال زمان جنونه طويلاً يفتقر معه إلى نظر السلطان في ماله ، فإنه مما ينظر فيه ، وذكر خلافاً بين الحنفية في ردة الوكيل هل توجب عزله ؟ قال : والأظهر عندي أنه لا ينعزل بذلك ؛ إذ الحجر عليه إنما يكون لحق المسلمين في المال ، إلا أن يعلم بمقتضى العادة أن الموكل لا يرضى بتصرفه في ماله إذا ارتد فيكون ذلك مما يوجب منعه من التصرف .

وَمَهْمَا شَرَعَ فِي الْخُصُومَةِ فَلَا يَنْعَزِلُ وَلَوْ بِحُضُورِهِمَا .

لما ذكر العزل وأفهم كلامه أن للموكل العزل بشرط ألا يتعلق بالوكالة حق الغير ، وظاهره أن مجرد الشروع موجب لعدم العزل ، وقاله اللخمي وابن شاس^(١) ، وزاد : إلا أن يخاف من غريمه استطالة بسبب ذلك .

وفي «المقدمات»^(٢) : ليس له أن يعزله إذا قاعد خصمه المرتين والثلاث إلا من عذر ،

(١) « الجواهر » (٢/٦٧٨) .

(٢) « المقدمات » (٢/٢١٩) .

هذا هو المشهور في المذهب ، ووقع لأصبغ في «الواضحة» ما يدل على أن له أن يعزله ما لم يشرف على تمام الخصام ، وفي المحل الذي لا يكون للموكل عزله عن الخصام لا يكون له هو أن ينحل عن الوكالة إذا قبل الوكالة ، انتهى .

وإن أراد السفر بعد الثلاث مجالس حلف ما قصد السفر ليوكل ، فإن نكل لم يكن له أن يوكل ، نعم له بأن يعزله ، وإن كانت وكالته بأجرة ، أو قاعد الخصم ثلاث مرات إذا تبين منه تفريط ، أو يقوم عليه دليل تهمة بينه وبين من وكل عليه .

فروع : واختلف إذا وكله على بيع سلعة أو شرائها أو سمي له شخصاً معيناً ، هل له أن يعزله كما لو أطلق ، أو لا ؟ على قولين .

المازري - وعدها الأشياخ من مشكلات المسائل - قال : والأصح عندي في ذلك إن عين المشتري وسمى له الثمن وقال : شاورني ، فهذا موضع الإشكال والاضطراب ، هل له غرض في عين المشتري ، أم لا ؟ واختلف إذا وكله أن يملك زوجته أمرها ، هل للموكل أن يعزله ؟ فرأى اللخمي وعبد الحميد أنه ليس له ذلك ، قالوا : بخلاف أن يوكله على أن يطلق زوجته فإن فيه قولين ، ورأى غيرهم أنه يختلف في عزله كالطلاق .

واستشكل المازري الطريقة الأولى بأنه لا منفعة للوكيل في هذه الوكالة ، فكان الأولى أن يكون له عزله ، إلا أن يقال : لما جعل له تمليك زوجته صار كالملتزم لذلك التزاماً لا يصح له الرجوع .

وَلَا يَعْزَلُ نَفْسَهُ عَلَى الْأَصْحِّ .

هو عائد على وكيل الخصام ، وسيأتي الكلام على غيره من الوكلاء ؛ يعني : إذا امتنع الموكل من عزل وكيل الخصام فكذلك وكيل الخصام لا يعزل نفسه على الأصح ، وظاهره بمجرد الشروع ، وكلام صاحب «المقدمات» المتقدم يدل على أنه إنما يمتنع عزله إذا قاعد الخصم ثلاث مرات ، ومقابل الأصح من كلام المصنف يحتمل أن يريد به المشهور ، ويحتمل أن يريد به قول أصبغ .

وَلَا أَحَدَ الْوَكِيلَيْنِ الْاِسْتِبْدَادُ مَا لَمْ يَشْتَرِطْ خِلَافَهُ .

وهذا بخلاف الوصيين ، فإنه لا يكون لأحدهما الاستبداد ؛ أي : الاستقلال إلا بإذن ، والفرق أن الموصي يتعذر منه النظر في الرد ، بخلاف الموكل إن ظهر منه على أمر عزله ،

ونص صاحب «الجواهر» على ما ذكره المصنف ، وقرره ابن عبد السلام وغيره ، وفي «المدونة» في باب التخيير : وإن ملك أمر امرأته رجلين لم يجز طلاق أحدهما دون الآخر كالوكيلين .

وهذا أيضاً مقتضى ما في «النوادر»^(١) ؛ ففيها ، قال يحيى عن ابن القاسم : إذا وكل رجلين على تقاضي دين فمات أحدهما ، فليس للحي تقاضٍ إلا بإذن القاضي ، وأحب إلى أن يوكل القاضي رجلاً يرضاه يقبض معه إن وجد من بلد المستخلف إن خاف القاضي أن يتلف ماله ورأى للتوكيل وجهاً ، وإن كان مكان المستخلف قريباً وديونه مأمونة أمر الحي من الوكيلين أن يتوثق من الغرماء حتى يأمن من الدين التلف ، ثم يستأني به حتى يحوله الأمر وكالة ، انتهى .

وفي «المدونة»^(٢) في باب العتق قريب مما ذكرناه عنها في باب التخيير ، وأنه إذا قال لرجلين : أعتقا عبدي ، لا يكون لأحدهما العتق ، ونص اللخمي لما تكلم عليها : أنه لو وكل رجلين يبيعان له سلعة فباع أحدهما أن البيع لا يلزمه .
وإن هذا من كلام المصنف وابن شاس فاعلمه .

وَالْوَكَاةُ بِأَجْرَةٍ لَازِمَةٌ كَالْإِجَارَةِ ، وَيَجِبُ الْعِلْمُ بِالْعَمَلِ بِجَعْلِ نَائِلِهَا : تَلَزَمُ الْمُوَكَّلَ ، وَبِغَيْرِهِمَا جَائِزَةٌ ، وَقِيلَ : تَلَزَمُ الْوَكِيلَ كَالْهَبَةِ

لما ذكر أن وكيل الخصام ليس له عزل نفسه شرع في غيره ، وذكر أنها إذا كانت بعوض على وجه الإجارة كانت لازمة لكل واحد منهما بالعقد كسائر الإجازات ، ويجب العلم بالعمل ؛ لأن الجهالة بالإجارة لا تجوز ، وإن كان على وجه الجعالة فثلاثة أقوال ، وفهمها من كلامه ظاهر ، وهي مبنية على الخلاف في لزوم الجعل وإن كانت بغير عوض ، وأما الموكل فلا تلزمه بلا إشكال ، وأما الوكيل فذكر أنها جائزة فليس له فسخها ، وهو قول مالك وإليه ذهب ابن القصار وغيره من البغداديين .

وقيل : يلزمه ذلك لأنه كواهب منفعة ، والهبة لازمة بالقول على المعروف .

وظاهر كلام المصنف : أن هذا القول منصوص ، وهي طريقة اللخمي ، وتعلق بما

(١) «النوادر والزوائد» (١٩٥/٧) .

(٢) «المدونة» (٢٦٢/٧) .

لمالك في «المبسوط» فيمن أبطع مع رجل بضاعة يشتري له بها سلعة بعينها فذهب الوكيل فاشترى بها ، ثم قال له بعد شرائها : إني لنفسى اشتريتها ؛ أنه يقبل قوله ويحلف إن أنهم ، وفي «ثمانية أبي زيد» لابن الماجشون أنها للآمر ، إلا أن يكون أشهد حين الشراء أنه اشتراها له .

وقال أصبغ : هي للموكل وإن أشهد ، ورأى عبد الحق^(١) أن الخلاف إنما هو مخرج على الجعالة وعلى الخلاف في الهبة .

ابن عبد السلام : وهي طريقة غير واحد في نقل المذهب ، وابن رشد يرى أنه لا خلاف أن للوكيل أن ينحل عن الوكالة متى شاء إلا في وكالة الخصام .

تنبيه : وفهم من كلامه جواز الوكالة في الجعالة على معنى : إن فعلت فلك وإلا فلا ، وهو أحد القولين في «المدونة» وغيرها .

وَإِذَا تَنَازَعَا فِي الْإِذْنِ أَوْ صِفَةٍ مِنْ صِفَاتِهِ ؛ فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُوَكَّلِ إِلَّا إِذَا فَاتَ الْمَبِيعُ الْمُخْتَلَفِ فِي نَمْنِهِ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْوَكِيلِ مَا لَمْ يَبِعْ بِمَا يَسْتَنْكَرُ .

إذا تنازع الوكيل والموكل ؛ بأن يقول الوكيل : وكلتني على بيع السلعة ، ويقول ربها : لم أوكلك ، فلا شك أن الوكيل مُدَّعٍ ، وقوله : (أَوْ صِفَةٍ مِنْ صِفَاتِهِ) مثل أن يقول : أمرتني ببيعها ، ويقول الآخر : بل برهنها .

ويشمل قوله : (أَوْ صِفَةٍ مِنْ صِفَاتِهِ) الاختلاف في قدر الثمن ، وفي جنسه ، وفي صفته ، وفي حلوله وتأجيله ، وحكم بأن القول قول الموكل في هذه المسائل ؛ لأنه مدعى عليه عمارة ذمته ما لم يبيع بما يستنكر فيكون القول أيضاً للآمر ، وهذا الفصل متسع في كلام الأشياخ ، وبعضها متفق عليه ، وبعضها مختلف فيه ، وتركنا ذلك خوف الإطالة ، ويشكل كلام المصنف بمسألة «المدونة» إذا دفع إليه دراهم فاشترى بها تمراً ، وقال : بذلك أمرتني ، وقلت أنت : ما أمرتك إلا بحنطة ، قال فيها : فالمأمور مصدق مع يمينه .

ابن القاسم : لأن الثمن مستهلك كقوات السلعة ، نعم قال أصبغ : القول قول الأمر ، ولعل المصنف إنما تكلم على غير هذه الصورة وترك هذه لاشتراطها مع الصورة التي ذكر أن القول فيها قول المأمور ، وهي ما إذا اختلفا في قدر ثمن المبيع إذا فات .

(١) «النكت والفروق» (٢/٥٠) .

كتاب الإقرار

الإقرار : وَالصَّبِيُّ ، وَالْمَجْنُونُ ، وَالْمُبْدَرُ ، وَالْمُقْلِسُ ، وَالْعَبْدُ ، فَدَ تَقَدَّمَ

الإقرار : إخبار المرء عن أمر اختص به في نفسه ، وهو مصدر أقر يقر إقراراً ؛ أي : اعترف بالحق ، وهو راجع إلى شهادته على نفسه .

وله أربعة أركان : المقر ، والمقر له ، والمقر به ، والصيغة .

وبدأ المصنف بالكلام على المقر ، وذكر أن إقرار الصبي وما عطف عليه تقدم في باب

الحجر .

وَالْمَرِيضُ لَا يُقْبَلُ إِقْرَارُهُ لِمَنْ يَتَّهَمُ عَلَيْهِ مِنْ وَاْرثٍ أَوْ أَجْنَبِيٍّ مَخْصُوصِينَ .

يعني : والمريض لا يقبل إقراره لمن يتهم هو على جذب النفع إليه ؛ من وارث أو أجنبي

مخصوصين بالاتهام عليهما ، لا كل قريب وأجنبي ، وبين ذلك بقوله .

فَالْوَارِثُ كَالْبِنْتِ مَعَ ابْنِ الْعَمِّ وَشَبِيهِهِ ، وَبِالْعَكْسِ يُقْبَلُ .

لما ذكر أنه إنما يمنع من الإقرار لوارث مخصوص وأجنبي مخصوص أخذ يبين ذلك

المخصوص ؛ أي : فلا يقبل إقراره لبنته إذا كان له ابن عم يرثه معها ؛ لأن النفوس

مجبولة على رجحان البنت ، وبالعكس يقبل ؛ أي : أقر لابن عمه فيقبل لعدم التهمة .

وَالْأَجْنَبِيُّ صَدِيقٌ مُلَاطِفٌ ، وَالْمَرِيضُ يُورِثُ كِلَالَتهُ ، وَقِيلَ : يُقْبَلُ فِي الثَّلَاثِ .

الواو في قوله : (وَالْمَرِيضُ) للحال ، والكلالة : الفريضة التي لا ولد فيها ولا والد ،

ولعل المصنف أراد هنا غير هذا ؛ أعني : ما لا ولد فيها لما في وصايا «المدونة» ، وإن أقر

لصديق ملاطف ؛ جاز إن ورثه ولد ، أو ولد ولد ، فإن ورثه أبوان أو زوجة وعصبة

ونحوه لم يجز ، فأبطل إقراره مع أن في الورثة أبوين ، وهذا هو المشهور ، والقول بأنه

يقبل في الثلث ويبطل ما زاد عليه رواية .

وعن ابن عبد الحكم : أن إقراره للصديق الملاطف لازم وإن كان يورث كلالة .

أبو محمد : وهو خلاف قول مالك ، وقال أحمد بن عيسى : أما الرجل الصالح الذي

يعرف بالدين والصدق ولا يجهل ما في ذلك من الإثم ؛ فأقراره لصديقه الملاطف جائز .

وألحق في «البيان» ^(١) بالصديق الملاطف القريب غير الوارث ، فقال : إقرار الزوجة على أربعة أوجه ؛ إما أن يقول لوارث ، وإما للقريب غير وارث ، أو صديق ملاطف ، وإما لأجنبي ، وإما لمن لا يعرف من هو من هذه الثلاث ، فالأول : إذا كان المقر له في القرب بمنزلة من لم يقر له أو أقر ، فلا خلاف أنه لا يجوز .

ابن المواز : إذا لم يكن لذلك وجه يدل على صدقه وإن لم يكن قاطعاً ، إلا أن يكون المقر له عاقا والذي لم يقر له بارا له ، ففي جوازه قولان ، وإن كان المقر له أبعد ، فلا خلاف أن إقراره جائز ، واختلف إذا كان بعض من لم يقر له أقرب من المقر له وبعضهم بمنزلته ، أو كان بعضهم أقرب وبعضهم أبعد منهم على قولين ؛ فقيل : إنه يجوز ، وقيل : لا يجوز .

وأما إن أقر لقريب غير وارث أو صديق ملاطف ؛ فالمشهور : أن إقراره جائز إن ورث بولد لا كلاله ، وقيل بجوازه مطلقاً وهما قائمان من «المدونة» ، وقيل : إن ورث بولد جاز من رأس المال ، وإن ورث بكلاله فمن الثلث .

وأما الأجنبي فلا خلاف أن إقراره جائز ، فإن طلب ولم يوجد تصدق به عنه كاللَّقْطَةِ ، وأما إن أقر لمن لا يعرف ؛ فإن كان يورث بولد جاز من رأس المال إن أوصى أن يصدق به عنه أو يوقف لهم ، واختلف إن كان كلاله ، فقيل : إن أوصى أن يوقف حتى يأتي طالبه جاز من رأس المال ، وإن أوصى أن يتصدق عنه لم يجز لا من الثلث ولا من رأس المال .
وقيل : إنه من الثلث وهو قائم من كتابة «المدونة» ، وقيل : إن كان يسيراً فمن رأس المال ، وإن كان كثيراً لم يجز مطلقاً ، قال : وفي إقرار الزوج لزوجته بدين في المريض تفصيل .

وحاصله : أنه لا يخلو من ثلاثة أحوال :

أحدها : أن يعلم منه ميل إليها .

والثاني : أن يعلم منه البغض لها .

والثالث : أن يجهل ذلك .

فإن علم الميل لم يجز إقراره إلا أن يجيزه الورثة ، وإن علم منه البغض لها فإقراره لها جائز على الورثة ، فإن جهل فوجهان ؛ إن وكل كلاله فلا يجوز إقراره لها ، وإن ورث

(١) «البيان والتحصيل» (٣/١٠٥) .

بولد فالولد لا يخلو أن يكونوا ذكوراً أو إناثاً ، صغاراً أو كباراً ، واحداً أو عدداً منها أو من غيرها ، فإن كان الولد أنثى يرثه مع العصبية ، سواء كن واحدة أو عدداً ، صغاراً أو كباراً من غيرها أو كباراً منها .

فيتخرج ذلك عندي على قولين :

أحدهما : أن إقراره لها جائز .

والثاني : لا يجوز من اختلافهم في إقراره لبعض العصبية إذا ترك بنتاً وعصبية ، فإن كن صغاراً منها لم يجز إقراره لها اتفاقاً .

وأما إن كان الولد ذكوراً وكان واحداً ؛ فإقراره لها جائز ، فإن كان الولد عدداً فإقراره جائز ، إلا أن يكون بعضهم صغيراً منها وبعضهم كبيراً منها أو من غيرها فلا يجوز إقراره لها ، وإن كان الولد الكبير في الموضع الذي يرفع التهمة عن الأب في إقراره لزوجته عاقاً؛ لم ترتفع عنه التهمة وبطل على ما في سماع أصبغ من «العتبية» وإحدى الروايتين في «المدونة» ، وإن كان بعضهم عاقاً وبعضهم باراً به خرج ذلك على ما ذكرته من الاختلاف في إقراره لبعض العصبية إذا ترك ابنة وعصبية ، وكذلك الحكم سواء في إقرار الزوجة لزوجها ، ولا فرق أيضاً بين أن يقر أحدهما لصاحبه بدين ، أو بأنه قبض ما له عليه من دين .

المُقرُّ له يصحُّ أن يكرن عبداً أو حملاً .

أي : يشترط فيه أن يكون أهلاً للاستحقاق ، فلو قال : لهذا الحجر أو الفرس علي ألف ؛ بطل ، وصح الإقرار للعبد أو الحمل ؛ لأنهما أهلان لذلك .

ولو قال : لحمل فلانة علي ألف لزمه ؛ أطلق أو قيد إن وضعته لستة أشهر فأقل من

الإقرار...

يعني بـ (أطلق) أن يقول : لحمل فلانة علي ألف ، وبالتقييد أن يقول من هبة أو صدقة ، ولا إشكال إن قيد ذلك بوجه يصح للجنين كما ذكرنا ، وأما إن قال : أقرضنيها ، فقال سحنون : يلزمه أيضاً ويعد ذلك منه ندماً .

وقال ابن عبد الحكم : إذا قال من كراء هذا الجنان والفدان ، وخرج عدم اللزوم إذا

أطلق ما في «الموازية» في القائل لك : عليّ مائة أو على فلان ؛ فلا يلزمه لعدم تحقق عمارة الذمة .

محمد : إلا أن يقول : عليّ أو على ابن شهر ؛ فتلزمه لكون ابن شهر لا يصح أن يملك ولا أن يكتسب ، فإذا رأى محمد أن التردد بين الرجلين يبطل الإقرار ، وأن التردد بينه وبين صبي بخلاف ذلك ، وأنه كالقائل : لفلان على العبد درهم ، أو عند هذا الحجر ؛ دل على أن محمداً يبطل الإقرار لابن شهر ، وإذا بطل لابن شهر فالحمل أولى ، وفي هذا التخريج نظر ؛ لأن محمداً إنما صحح هذا الإقرار في قوله : لك عليّ أو على ابن شهر ، لأنه إقرار على ابن شهر ، وابن شهر يبعد في العادة أن يكون عليه ألف ، بخلاف الإقرار فإنه يصح أن يملك ولا يمكن أن يخالف فيه .

وخرج بعضهم أيضاً البطلان في التقييد بما لا يصح أن يصدر من الحمل من أحد القولين ، فيمن علق طلاق امرأته على مشيئة الحجر ؛ إذ لا يلزمه ، ولا يعد ذلك ندماً ؛ لأن الحجر لا يقبل المشيئة أصلاً بخلاف الطفل .

وقوله : (إِنْ وَضَعْتَهُ لِسْتَةً أَشْهُرٍ) هو شرط في لزوم الإقرار للحمل ؛ لأنه حيثئذ تبين أنه كان موجوداً ، ولهذا قال :

وَأِنْ وَضَعْتَهُ لَأَكْثَرَ وَهِيَ تَوْطَأُ لَمْ يَلْزَمُهُ ، وَإِنْ كَانَتْ غَيْرَ مَوْطِئَةٍ لَزِمَ لِأَرْبَعِ سِنِينَ .

ولو قال : فإن وضعته لسته ، لكان أحسن ؛ لأن حكمها حكم الأكثر في اللعان وغيره ، فإنما لم يلزمه إذا كانت موطوءة ؛ لاحتمال أن تكون إنما حملت بعد الإقرار ، وأما إن لم تكن موطوءة ، فإنه يلزم لأربع سنين ، هكذا في «كتاب ابن سحنون» ، ولعل المصنف اقتصر على الأربع لكونها المنصوصة ، وإلا فالجاري على المشهور كما قدمه خمس ، ولو قال : لدون أقصى أمد الحمل لأجد لشموله ، وفهم من كلامه أنها لو وضعت لأكثر من مدة الحمل أنه لا يكون للمولود شيء ، ولا شك في ذلك .

وَلَوْ وَضَعْتَ تَوَاطِئَ فَلَهُمَا ، أَوْ لِلْحَيِّ مِنْهُمَا .

تصوره واضح ولم يكن للميت شيء ؛ لأنه لا يصح تملكه ، وهذا إذا وضعته ميتاً ، وأما إن وضعته حياً ثم مات فلورثته .

وقوله : (فَلَهُمَا) أي : على التسوية ، ولا إشكال في هذا إن وضعته ذكراً أو أنثيين ، وأما إن وضعته ذكراً وأنثى ، فإن أقر بوجه لا يقتضي تفضيل الذكر على الأنثى فكذلك ،

وأما لو قال : حمل فلانة عندي ألف من دين أبيه ؛ فالمال بينهما للذكر مثل حظ الأنثيين ، قاله ابن سحنون وقاله ابن عبد الحكم ، إذا قال : هذه الدار لحمل فلانة ملكاً عن أخ شقيق ، وإن كانت المرأة زوجته فلها الثمن من ذلك ، وإن قال : عن أخ لأم فهو بينهما نصفان ، والثالث يقسم المال على ثلاثة فيأخذ كل واحد منهما جزءاً من الجزء الثالث ؛ يدعي الذكر كله وتدعي الأنثى نصفه ، فقد سلمت نصفه للذكر يأخذه ويبقى نصفه ويقسم بينهما لتداعيهما فيه ، فيكون للذكر سبعة من اثني عشر وللأنثى خمسة ، قال : وبالأول أقول ، قال : وإن قال هو ميراث لهما عن بعض قرابتهما ؛ كان بينهما نصفين إن مات المقر ، ويصح عندنا الإقرار للمجنون كالحمل بل هو أولى .

ولو أَكْذَبَ الْمُقْرُّهُ لِبَطْلٍ ، وَلَا رُجُوعَ لَهُ إِلَّا بِإِقْرَارٍ ثَانٍ

يعني : أن من شرط إعمال الإقرار أن يصدقه المقر له ؛ إذ لا يدخل ملك المقر في ملك أحد جبراً ما عدا الميراث ، ونظيرتها المسألة التي قدمها المصنف في باب النكاح ، قال : لو قال : تزوجتك فأنكرت ، ثم قالت : نعم فأنكر ؛ فليس بإقرار ، لأن من شرط صحة الإقرار أن يتفق المقر والمقر له في تصديق كل واحد منهما صاحبه في وقت واحد .

الْمُقْرُّ بِهِ يَصِحُّ بِالْمَجْهُولِ .

كما لو قال : عندي شيء ، فيقبل تفسيره كما سيأتي .

وَمَنْ أَقْرَأَ أَوْ شَهِدَ بِحُرِّيَّةِ عَبْدٍ ثُمَّ اشْتَرَاهُ ، فَثَالِثُهَا : إِنْ رُدَّتْ شَهَادَتُهُ بِجُرْحَةٍ لَمْ يُعْتَقْ .

اعلم أنه يشترط في إعمال الإقرار أن يكون المقرُّ به في يد المقر ، ولذلك لو أقر بعبد في يد زيد أنه لعمرو لم يقبل إقراره على من هو في يده ، وعطف المصنف الشهادة على الإقرار ؛ لأن الشهادة إنما تكون عند الحاكم .

وقوله : (ثُمَّ اشْتَرَاهُ) لا يريد خصوصية الشراء ، بل وكذلك لو ملكه بأي وجه كان ؛ كهبة ، أو صدقة ، أو إرث ، وحكى ثلاثة أقوال ، القول الثالث لا يتأتى في مسألة الإقرار ، والقول بعنته عليه في القضاء والفتيا هو المشهور ؛ لأنه معترف بكلامه أنه لا يقبل الملك ، والقول بعدم عنته لأشهب وعبد الملك ؛ لأن إقراره على ملك غيره باطل .

أشهب : بشرط أن يحلف ، وأما إن نكل فإنه يعتق عليه .

ابن عبد السلام : وعلى هذا فيشترط ألا يتمادى على قوله الأول ، وأما إن تمادى عليه

فيعتق ، الثالث للمغيرة خاص بمسألة الشهادة : إن ردت شهادة الشاهد بجرحه لم يعتق عليه ، وإن ردت لغير ذلك ؛ لأنه انفرد بما شهد عتق عليه ، لأن الشهادة كلما ردت بجرحه بطلت فلم يؤثر في العتق ، يريد : بشرط ألا يتمادى على إقراره .

وحكى ابن عبد السلام في باب الأفضية قوله : بأنه لا يعتق ولو تمادى على إقراره .

فرعان :

أولهما : لابن القاسم في «العتبية»^(١) : فيمن أخبر عن رجل أنه أعتق عبده ، فإن أخبر أنه علم ذلك منه وسمعه أعتقه ، ليس بخبر غيره رأيت أن يعتق عليه ، قال في «البيان» : وهو تفسير «المدونة» .

الثاني : إذا فرعنا على المشهور فولأوه عند ابن القاسم للذي أخبر عنه أنه أعتقه ، وقال أشهب والمغيرة : للذي عتق عليه .

الصِّغَةُ : لَكَ عَلَيَّ ، أَوْ عِنْدِي ، أَوْ أَخَذْتُ مِنْكَ .

هذا ظاهر ، واعلم أن الإمام قل أن يوجد له نص في مسائل الإقرار ، فلذلك تجد أكثر مسائله مشكلة كما سيظهر لك .

وَمِثْلُهُ : وَهَبْتُهُ لِي ، أَوْ بَعْتُهُ مِنِّي .

يعني : أن الألفاظ الأولى تجري مجرى الصريح ، وهذه تدل على ثبوت الحق لزوماً ، فقوله : (وَمِثْلُهُ) في ثبوت الحق ، (وَهَبْتُهُ لِي) لأنه أقر له بالملك وادعى عليه ، نعم يحلف للمقر له أنه لم يبيع بالاتفاق ، وفي توجيه اليمين عليه أنه لم يبيع قولان .

وَلَوْ قَالَ : لِي عَلَيْكَ أَلْفٌ ، فَقَالَ : سَاهَلْنِي فِيهَا وَشَبَّهَهُ فَأَقْرَأُ .

هكذا قال ابن عبد الحكم ، وكذلك عنده إذا قال : انتزعتها مني ، ولو قال : والله لأقضيَنَّكما اليوم ، أو قال : لا أعطيكما ، وقال : لا إنها لك ، وقال : لا تأخذ اليوم مني فأقرار .

وَحَتَّى يَأْتِيَ وَكَيْلِي وَشَبَّهَهُ ، قَوْلَانِ .

اللزوم لابن سحنون ، ومقابله لابن عبد الحكم .

ابن سحنون : ولو قال حتى يدخل علي من فائدة أو ربح ، أو حتى يقدم مالي أو

(١) «البيان والتحصيل» (٢٦٧/٥) .

غلامي ، أو حتى يأتي وكيلي ، أو يقضي غريمي ؛ فهو إقرار ، وقال ابن عبد الحكم :
 اتزن أو اجلس ، فانتقد أو زن لنفسك ، أو حتى يأتي وكيلي يزن لك ؛ فليس بإقرار ،
 حلف كما قال : حتى يأتي وكيلي أو غلامي الذي فكها منك ؛ فهو إقرار منه أن الوكيل
 أو الغلام قبضها وليس بإقرار منه أنها عليه ، وقد يقول : حتى يأتي وكيلي أو غلامي
 فاسأله ، ومنشأ الخلاف هل ذلك وعد بالقضاء أو كالاتهزاء .

ابن عبد السلام : والأظهر من جهة اللغة قول ابن عبد الحكم ، ومن جهة العرف قول
 سحنون .

وَلَوْ قَالَ : مِنْ أَيِّ ضَرْبٍ تَأْخُذُهَا ، مَا أَبْعَدَكَ مِنْهَا وَشِبْهَهُ ؛ لَمْ يَلْزَمَهُ .

لأن كلامه ظاهر في الاستهزاء .

ابن عبد السلام : وكذلك إذا أجاب بقوله : ما أبعدك منها وحده .

وَلَوْ قَالَ : أَلَيْسَ لِي عِنْدَكَ أَلْفٌ ، فَقَالَ : بَلَى أَوْ نَعَمْ لَزِمَهُ .

فإن كلامه في (بلى) ظاهر ؛ لأنها توجب النفي ، وأما (نعم) فإنما ألزم بها قضاء على
 عرف الناس ، وإما على مقتضى اللغة على المذهب الصحيح ؛ لأنها تقرن ما قبلها من
 النفي أو غيره ، ولهذا قال ابن عباس -رضي الله عنه- في قوله تعالى : ﴿ أَلَسْتُ بِرَبِّكُمْ
 قَالُوا بَلَى ﴾ [الأعراف: ١٧٢] لو قالوا : نعم لكفروا (١) ؛ أي : لأنهم قالوا لست بربنا ،
 وينبغي إذا صدر نعم من عارف باللغة ألا يلزمه شيء ، ولبعض النحويين أن (نعم)
 كـ(بلى) ، قال في «كتاب ابن سحنون» : ومن قال لرجل : أليس قد أقرضتني أمس ألف
 درهم ، فقال الطالب : بلى أو نعم ، فجحد المقر بالمال يلزمه ، ولو قال : أما أقرضتني ،
 أو قال : ألم تقرضني ، فهو سواء يلزمه إذا ادعى الطالب المال ، وهذا نحو ما ذكره
 المصنف ، لكن قال ابن عبد الحكم : يحلف المقر ولا يلزمه شيء ، وإنما سأله لاستفهام ما
 عنده من العلم ، فليس قوله : أليس بإقرار ، وكذلك قوله : ألم تقرضني كذا ؟

خليل : وهذا موافق لقول أكثر النحويين ، فإن ابن عبد الحكم ساوى بين الجواب ببلى
 ونعم ، وحمل الكلام على الاستفهام كما ذكر لا على أنه أقر ، حتى ينظر في جواب المقر
 هل وافق على ذلك الإقرار ، أم لا .

(١) انظر « تفسير القرطبي » (١٢/٢) .

ابن عبد الحكم ، وابن المواز : وأما إن قال : لا أوفيك العشرة الدراهم التي لك عليّ ، فقال : لا ؛ فهو إقرار ويغرم العشرة ، قال : وإنما استفهم ذلك الإقرار في القضاء .

المُجْمَلَةُ : لَهُ عَلَيَّ شَيْءٌ فَيُقْبَلُ تَفْسِيرُهُ وَإِنْ قُلَّ .

لأن شيئاً أنكر النكرات فيصح أن يفسر بكل شيء ، وإن خالفه المقر له حلف على رد دعواه ، وفي «كتاب ابن سحنون» : فيمن أقر أنه غصب فلاناً شيئاً ولم يبينه ، ثم قال : هو كذا ، وقال الطالب : هو كذا ولم يقل شيئاً ؛ القول قول الغاصب فيما ذكر مع يمينه ، وإن ادعى الطالب غيره ؛ فإن نكل الغاصب فالقول قول الطالب مع يمينه ، فإن أبى المقر أن يسمي شيئاً جبر أن يسمي ما أقر به ، وإلا سجن حتى يذكر شيئاً وإن طال قوله ، وقيل : هكذا وقع في بعض النسخ وهو صحيح ؛ لأن هذا منسوب لابن الماجشون ، وفي بعضها : وقالوا : ولعل ذلك من المصنف إشارة إلى تخريج الخلاف في كل من المسألتين ، والفرق بينهما ؛ أن عرف الناس في قولهم : له عندي مائة وشيء أنها مائة كاملة ، بخلاف ما إذا أقر بشيء مفرداً .

ابن شاس^(١) - بعد أن ذكر كلاماً عن ابن الماجشون - : ولو قال : مائة وشيء ؛ اقتصر على المائة لأن الشيء الزائد لا يمكن رده إلى تقدير ، كرد الشيء المستثنى فيبطل ؛ إذ هو شيء لا مخرج له .

ابن راشد : وحكى غيره عن ابن الماجشون أنه قال : إذا أقر في مرضه بعشرة دنانير وشيء ثم مات ولم يُسأل ؛ أن الشيء يسقط لأنه مجهول ويلزم ما سمي ، وكذلك لو شهدت بينة بذلك على رجل ولم يعرف كم الشيء ؛ فيسقط الشيء ويثبت العدد ، فقوله : ثم مات ولم يُسأل ، يقتضي أنه لو عاش سئل ، ومقتضى ما حكاه ابن شاس أنه لا يُسأل ، انتهى .

وَلَهُ فِي هَذِهِ الدَّارِ أَوْ الأَرْضِ أَوْ الحَائِطِ حَقٌّ وَفَسْرُهُ بِجَذْعٍ أَوْ بَابٍ مُرَكَّبٍ ، فَتَالِثُهَا :
الْفَرْقُ بَيْنَ مَنْ وَفِي

القولان الأولان لسحنون ، فإنه يقول أولاً يقبل ذلك منه ، ثم رجع إلى أنه لا يقبل ، والثالث لابن عبد الحكم : إن قال (من) لم يقبل منه ما ذكر ، ورأى أن (من) للتبعيض ،

ورأى كونها لابتداء الغاية أو غير ذلك بعيد ، أو إن قال : (في) قبل منه ذلك ؛ لأنها تقتضي الظرفية ، فظاهره أن الحق في الدار لا من الدار ، وظاهر ما في «النوادر» أن الخلاف إنما هو في (في) ، وأما (من) فلا يقبل منه إلا أن يقر بشيء من رقة الدار ، وقاله ابن رشد ، وأما إن لم يقيد بالدار بل قال : لك عليّ حق ، فهو مثل قوله : لك عليّ شيء ، فلو فسره بأن قال : أردت حق الإسلام ؛ ففي كتاب ابن سحنون : لا يصدق ، ولا بد أن يقر بشيء له ويحلف على نفي دعوى الطالب إن ادعى أكثر منه ، قال : وكان سحنون ينظر فيه على نحو ما ينزل مما يتكلمان فيه ، وإن كانا تنازعا في ذلك المال أخذناه بذلك ، وإن تنازعا فيما يجب لبعض على بعض من حق وحرمة لم يؤخذ هذا المال .

وَلَهُ عَلِيٌّ مَالٌ ، قِيلَ : نِصَابٌ ، وَقِيلَ : رُبْعٌ دِينَارٍ ، أَوْ ثَلَاثَةُ دَرَاهِمٍ ، وَقَبِلَ تَفْسِيرُهُ .

الأول هو المشهور في المذهب وهو منسوب لابن وهب ، وقوله : (نِصَابٌ) أي : عشرين ديناراً من الذهب ومائتا درهم من الورق ، ومثله لابن المواز فيمن أوصى أن لفلان عنده مالاً .

والقول الثاني لابن القصار ، وذكر أنه لا نص لمالك في ذلك ، وأن ذلك هو الذي يوجبه النظر عنده على مذهب مالك ، والقول الثالث في كتاب ابن سحنون وهو اختيار الأبهري .

وَمَالٌ عَظِيمٌ كَذَلِكَ ، وَقِيلَ : مَا زَادَ عَلَى النَّصَابِ ، وَقِيلَ : قَدْرُ الدِّيَةِ .

قال الأبهري ، إذا قال له : علي مال عظيم أو نفيس ؛ فهو مثل قوله : عليّ مال ، فيقبل تفسيره ، وقال غيره : يلزمه ثلاثة دراهم أو ربع دينار .

وقال ابن القصار : الذي يقوى في نفسي أنه يلزمه مائتا درهم إن كان من أهل الورق ، وقاله سحنون وغيره ، وهذا معنى قوله : (وَمَالٌ عَظِيمٌ كَذَلِكَ) .

وقوله : (وَقِيلَ : مَا زَادَ عَلَى النَّصَابِ ، وَقِيلَ : قَدْرُ الدِّيَةِ) أي : هذان القولان زائدان على الثلاثة المتقدمة في المسألة السابقة ، وفي عد المصنف لهما قولين نظر ؛ لأن ابن شاس وغيره ذكروا أن عبد الوهاب رأى أنهما وجهان تحتملها المسألة فقط ، على أن هذا كله استحسان .

وَلَهُ كَذَا مِثْلُ شَيْءٍ .

أي : فيقبل تفسيره ، وقد تقدم أن (شيئاً) أنكر النكرات عند النحويين فيكون أنكر من كذا .

ابن عبد السلام : وهو ظاهر كلام الفقهاء ف(شيء) يقبل التفسير بأجزاء الممتلكات ، وكذا لا يفسر بالأجزاء وإنما يفسر بالواحد الكامل .

فَأَمَّا كَذَا دَرَهْمًا فَعَشْرُونَ .

لأنه إنما يميز بالواحد المنصوب من العشرين إلى التسعين ، فأثبت المحقق وألغى المشكوك؛ لأن الأصل براءة الذمة ، لكن يحلف عليه إن ادعى المقر له أكثر .

وَكَذَا كَذَا دَرَهْمًا أَحَدَ عَشَرَ .

لأنه كناية عن المركب ، وهو من أحد عشر إلى تسعة عشر .

وَكَذَا كَذَا أَحَدٌ وَعَشْرُونَ .

لأن المعطوف في العدد غير المركب من أحد وعشرين إلى تسع وتسعين ، وعلى هذا لو قال : كذا درهم ؛ للزمه مائة ، لأنها أول عدد يضاف إلى المركب ، ولو قال : كذا دراهم لزمته ثلاثة .

وما ذكره المصنف هو قول ابن عبد الحكم ، وهو جار على مقتضى اللغة ، وينبغي هنا أن يرجع إلى العرف ولهذا قال :

وَقَالَ سَحُونٌ : مَا أَعْرَفُ هَذَا ، وَيُقْبَلُ تَفْسِيرُهُ ، وَلَهُ خَمْسُونَ وَنِيفٌ فَقِيلَ : فَتَفْسِيرُهُ ، وَقِيلَ : ثَلَاثَةٌ ، وَقِيلَ : ثُلُثُ الْأَوَّلِ

تفسيره : يقبل تبينه ولو بجزء من واحد ، وهو قول ابن شعبان ، والقولان الآخران حكاهما في «النوادر» ولم يعزهما .

ابن عبد السلام : إن أقربهما إلى اللغة الثاني .

الجوهري^(١) : النيف الزيادة يخفف ويشدد وأصله من النواف ، يقال : عشرة ونيف ، ومائة ونيف ، وكلما زاد على العقد فهو نيف حتى يبلغ العقد الثاني ، قال : وهذا يدل على فساد القول الثالث ؛ لأن ثلث الخمسين يزيد على الستين .

(١) «الصحاح» (٢/٢٤٠) .

ابن عبد السلام : وقد يقال هذا إنما يرجع إلى الأول ؛ لأنه إنما قال : النيف لمطلق الزيادة لا يقيد كونها ثلاثة ، وينبغي أن يعول على العرف إن كان وإلا فعلى اللغة .

وفي ألفٍ ودرهمٍ وشبهه ثالِثها : إن كانَ مثلَ ألفٍ ووصيفٍ قبلَ تفسيرِهِ ، وإلا فمَعطوفُها....

يعني : اختلف إذا ذكر عدداً مبهماً ثم عطف عليه عدداً مفسراً ، هل يكون المعطوف مفسراً للمعطوف عليه أولاً فيقبل تفسيره في المعطوف عليه ، أو يفرق ؟ فإن كان المعطوف جرت العادة بالتعامل به كالدرهم والفلس والبيضة والجوزة ؛ كان مفسراً للمعطوف عليه أولاً كوصيف وكتاب ، فيقبل تفسيره مطلقاً لابن القصار ، ولا أعلم صاحب مقابله ، وفيه إشكال في مثل ألف ووصيف ، والثالث في «كتاب ابن سحنون» .

وَالْوَصِيَّةُ بِجُلِّ الْمِائَةِ وَقُرْبِهَا وَنَحْوِهَا ، قِيلَ : الثُّلُثَانِ فَمَا فَوْقَهُ بِاجْتِهَادِ الْحَاكِمِ ، وَقِيلَ : الثُّلُثَانِ ، وَقِيلَ : خَمْسُونَ .

الأول نقل سحنون أن عليه أكثر الأصحاب ، قال ، وقال بعضهم : يلزمه ثلثا المائة ، وقال آخرون : يلزمه النصف وشيء ، وذلك أحد وخمسون وفيه بعد ؛ إذ لا يستعمل في العرف جل المائة وقربها ونحوها في أحد وخمسين .

وَقَالُوا فِي مِائَةٍ إِلَّا قَلِيلاً ، وَإِلَّا شَيْئاً كَذَلِكَ .

أي : قال القائلون الثلاثة في المسألة السابقة هنا كذلك ، وكذلك النقل ، ويحتمل عدها على أهل المذهب ، وهذه المسألة نص عليها سحنون في الوصية وجعلها مع الأولى مسألة واحدة .

فإن قيل : فلم قال المصنف قالوا : ومن عادته ألا يفعل ذلك إلا للإشكال؟

قيل : لأنه رآها بخلاف ما بعدها ، وهو قوله :

وَقَالُوا : لَوْ أَقْرَبَ مِائَةٍ إِلَّا شَيْئاً لَزِمَهُ أَحَدٌ وَتِسْعُونَ ، وَفِي عَشْرَةِ آلَافٍ إِلَّا شَيْئاً تِسْعَةٌ

آلَافٍ وَمِائَةٌ....

ولعله أشار إلى تخريج الأقوال السابقة ، وتخريج هذا القول في المسألة السابقة ، ويحتمل أن يكون أشار إلى ضعف ما أشار إليه ابن شاس وغيره ؛ لأنهم أتوا بالمسألتين

السابقتين في باب الإقرار ، فيفهم من ذلك أنهم رأوا أن باب الإقرار مساو لباب الوصية ، وإلا لما أتوا بالمسألتين في باب الإقرار .

أشار المصنف إلى ضعف هذا وأنه لا ينبغي أن يخرج من أحدهما في الأخرى ؛ لأنهم قضوا في الوصية بمائة إلا شيئاً على حكم آخر ، وفي هذا بعد ، وفي قوله : (وَقَالُوا : لَوْ أَقْرَأُوا... إلخ) نظر ؛ لأن كلامه يقتضي أن أهل المذهب كلهم أو أكثرهم قالوا هذا ، وإنما هو لابن الماجشون .

ابن عبد السلام : ولا نعلمه لغيره ، وهو مبني على مذهبه أنه لا يجوز استثناء الصحيح من العدد ، وإنما يجوز استثناء الكسر ، فلا تجوز عنده : له عليّ عشرة إلا درهم ، وإنما يجوز إلا نصف درهم وشبهه ، ولا يجوز مائة إلا عشرة ؛ لأن العشرة آحاد المائة ، فلذلك لزمه أحد وتسعون اكتفاء بمطلق القلة عن عشرة ، وكذلك لا يجوز عنده عشرة آلاف إلا ألف ؛ لأن نسبة الألف إلى العشرة كنسبة العشرة إلى المائة ، ولذلك لزمه تسعة آلاف ومائة .

وَدِرْهِمٍ عَلَى التَّعَامَلِ بِهِ عُرْفًا وَلَوْ مَغْشُوشَةً ، وَإِلَّا فَرِزْنَةُ سَبْعَةِ أَعْشَارِ دِينَارٍ مِنَ الْفِضَّةِ .
 وإن لم يكن عرفٌ فيحمل على الدرهم الشرعي ، وهو معنى قوله : (فَرِزْنَةُ سَبْعَةِ أَعْشَارِ دِينَارٍ) أي : على ما تقدم في باب الزكاة ، وينبغي إن كان في البلد دراهم مختلفة الوزن والجودة أن يحمل كلام المقر على أقلها وزناً وصفةً ، فإن خالفه المقر له حلف كما تقدم ، وينبغي أن يقيد ما ذكره من إلزامه الدرهم الشرعي إذا لم يكن عرف بما إذا كان تكلم بمتعدد فالدرهم الشرعي .

فَلَوْ فَسَّرَ مُتَّصِلًا قَبْلَ .

أي : إذا قال متصلاً ناقصاً أو مغشوشاً قبل ذلك منه ، ولا يقبل إذا كان غير متصل ، وهكذا قال ابن المواز ، وهو صحيح إن فسرها بما يقبله الكلام على بعد ، وأما إن قال : درهم رصاص وشبهه لم يقبل ، وصرح في «الجواهر» بأنه لا يقبل تفسيره في الفلوس ؛ أي : سواء كان متصلاً أم لا .

ابن عبد السلام : ولعل مراد المؤلف أن المقر لم يبين الوجه الذي تعلق به الدراهم في الذمة ، وأما لو أقر بأنها تقررت من بيع وخالف في ذلك المقر له ؛ لرجع الحكم فيها إلى

ما تقدم من اختلاف المتبايعين ، ولو قال : من فرض ، فإن أقر بما يقرضه الناس غالباً قبل منه ، وإن أقر بما لا يقرضه الناس غالباً ، فقال سحنون : اختلف أصحابنا فيمن أقر بفلوس ، وقيدها بأنها الفلوس الكاسدة وأنها من قرض ، قال بعضهم : يقبل .

وقال بعضهم : لا يقبل ، ولو وصل إقراره بقوله : إنها وديعة ، ثم ذكر بعد ذلك أنها زيوف أو بهارج لقبيل ذلك منه ، بخلاف أن لو كان ذلك من غضب أو قرض ، وذكر ابن عبد الحكم فيمن أقر بدراهم وديعة ثم قال : هي مغشوشة ، فإنه اختلف قول ابن القاسم هل يقبل ذلك منه ، أم لا .

وَدَرَاهِمُ كَثِيرَةٌ ، قِيلَ : أَرْبَعَةٌ ، وَقِيلَ : تِسْعَةٌ ، وَقِيلَ : مِائَتَانِ .

الأول لابن عبد الحكم ، ووجهه : أنه قال دراهم ، فلزمه ثلاثة حملاً على أقل الجمع ؛ لأن الأصل براءة الذمة مما زاد فزيد لأجل الكثرة درهم ؛ لأن ما زاد على ذلك مشكوك فيه ، ويفهم من هذا أن ابن عبد الحكم يوافق مالكا في لزوم ثلاثة في قوله : عندي دراهم ، ومخالف لابن الماجشون في قوله : إنه لا يلزمه إلا درهمان ، بناءً على أن أقل الجمع اثنان ، قوله : (وَقِيلَ : تِسْعَةٌ) لأن ذلك تضعيف لأقل الجمع ثلاث مرات ، وقيل : مائتان ؛ لأنهما نصاب الزكاة ، وفي هذين ضعف .

ابن راشد : وقيل : يلزمه خمسة ؛ لأن الأعداد منها قليل وكثير ، ولا قليل ولا كثير ، والقليل ثلاثة ، ولا قليلاً ولا كثيراً أربعة .

وقال عبد الوهاب في «المعونة» (١) : تلزمه ثلاثة لأنه أقل الجمع ، وهي كثيرة بالنسبة إلى الاثنين .

وَلَا قَلِيلَةٌ وَلَا كَثِيرَةٌ أَرْبَعَةٌ .

هكذا نص عليه ابن عبد الحكم ، ولعله كالمخالف لقوله في التي قبلها ، وهذا كله استحسان .

وَمِنْ وَاحِدٍ إِلَى عَشْرَةٍ ، قِيلَ : تِسْعَةٌ ، وَقِيلَ : عَشْرَةٌ .

لا شك في دخول الدرهم الأول ، فالقولان في الدرهم العاشر مبنيان على أن ما بعد

(١) «المعونة» (٢/٢١٢) .

(إلى) هل يدخل أم لا؟ وقد اختلف أهل اللغة في ذلك ، ولذلك اختلف الفقهاء في المرفقين وغيرهما .

وَمَا بَيْنَ دَرَاهِمٍ إِلَى عَشْرَةٍ ، قَالَ سَحْنُونٌ : عَشْرَةٌ مَرَّةً ، وَتِسْعَةٌ مَرَّةً ، وَثَمَانِيَةٌ مَرَّةً .

حقيقة الكلام تمنع الدرهم الأول من الدخول ، وقولان في الدرهم العاشر كالقولين في الفرع السابق ، ويرى من ألزمه الدرهم الأول أن العرف يقتضي ذلك .

وَعَشْرَةٌ فِي عَشْرَةٍ ، قِيلَ : عِشْرُونَ ، وَقِيلَ : مِائَةٌ .

الأول أقرب إلى عرف العامة ، والثاني لسحنون وهو الجاري على اصطلاح الحساب ، ولو فرق بين أهل الحساب وغيرهم لكان حسناً .

بِخِلَافِ عَشْرَةٍ دَرَاهِمٍ فِي عَشْرَةِ دَنَانِيرَ ، وَبِخِلَافِ عَشْرَةٍ بَعَشْرَةٍ فَإِنَّهَا عَشْرَةٌ فِيهِمَا .

لأن ضرب الحساب هنا لا يتأتى ؛ لاختلاف الجنس ، فيكون المعنى : له عندي عشرة دراهم ووعاؤها عشرة دنانير .

ابن عبد السلام : وهذا هو الذي يعطيه كلام المؤلف لتعقبه بالكلام على الوعاء .

وَتُوبٍ فِي صُنْدُوقٍ أَوْ فِي مُنْدِيلٍ ، فِي لُزُومِ ظَرْفِهِ قَوْلَانٍ .

يعني : إذا قال له عندي ثوب في صندوق أو في منديل ونحو ذلك ، فلا خلاف في لزوم الثوب ، واختلف في الظرف ، فقال سحنون عن أبيه فيمن قال : غضبت فلاناً ثوباً

في منديل ، يأخذه بثوب ومنديل ويكون مصداقاً في صفتها ، وكذلك عشرة أثواب في عيبة ، وقال ابن عبد الحكم : لا يلزمه المنديل ولا العيبة .

قال في «النوادر»^(١) : ولو قال : غضبتك ثوباً في ثوب لزمه ثوبان ، وكذلك عشرة في

ثوب لزمه أحد عشر ، بخلاف ثوب في عشرة ، فإن العرف أن الثوب يكون وعاء لمثله ويكون وعاء العشرة ، ولا يكون الثوب في عشرة أثواب .

قال : وفي المسألة قولان - أي : في ثوب في عشرة أثواب - :

أحدهما : لا يلزمه إلا ثوب .

والثاني : يلزمه أحد عشر ، انتهى بمعناه .

(١) «النوادر والزيادات» (١٣١/٩) .

بِخِلَافِ زَيْتٍ فِي جَرَّةٍ .

ظاهره أنه يتفق هنا على لزوم الجرّة ، والفرق بينه وبين الأول ؛ أن الزيت يفتقر إلى الجرّة ، بخلاف ما تقدم وليس كذلك ، فإنه حكى في «النوادر»^(١) الاختلاف هنا عن حكى عنه الخلاف في المسألة السابقة .

وَجِبَةٌ بِطَانَتِهَا لِي ، وَخَاتَمٌ فَضَّةٌ لِي نَسَقًا يُقْبَلُ .

هذا إذا كان إقراره مجرداً عن الغضب ، وأما إن قال : غضبته هذا الخاتم وفصه لي : فقال أشهب ، وابن سحنون : هذا مثل الإقرار المجرد .

وقال ابن عبد الحكم : الفصل للمقر له ، ولو قال : لا أعلم ، حلف ما علم ذلك وكان له الفصل .

واحترز بقوله : (نَسَقًا) مما إن ذكر ذلك بعد مهلة فإنه لم يسمع منه ، وحكى ابن المواز عن ابن عبد الحكم ووافقه في القائل في باب : هذه خشب ، هذا الباب لفلان ومساميره لي ، أو خشبه لي ومساميره لفلان ، فهو كما قال ويكونان شريكين بمقدار المسامير من الخشب .

ابن المواز : وإن قال : هذا الباب لفلان ومساميره لي : فقال أشهب : هو كما قال ، وكأنه عندنا ليس باستثناء من ابن عبد الحكم ، وأنا أرى أن الباب كله للمقر له وليس باستثناء .

وَلَوْ أَشْهَدَ فِي ذِكْرِ بَمَائَةٍ ، وَفِي آخَرَ بَمَائَةٍ فَأَخْرَجُ قَوْلِيهِ مَائَةً .

يعني : إذا أقر على نفسه في وثيقة ، وهي معنى قوله : (فِي ذِكْرِ) أن لفلان عليّ مائة ولم يذكر سببها ، ثم أشهد في وثيقة أخرى بمائة ، فأخر قولي مالك : إنما تلزمه مائة ؛ لاحتمال أن تكون المائة الأولى من الثانية ، ويحلف المقر على ذلك ، ورأى في القول الآخر أن الغالب أنه إنما أشهد في الذكر الآخر بحق آخر .

سحنون : واتفق الأصحاب جميعاً أنه إذا أقر له بمائة بعد المائة فلا يلزمه إلا بمائة ؛ أي : بخلاف الإشهاد أما لو ذكر السبب وكان السببان مختلفين ؛ لزمه مائتان بلا إشكال .

(١) «النوادر والزيادات» (١٣١/٩) .

ابن عبد السلام : وكذلك عندي إذا كان الإقرار مجرداً ، غير أن إحدى المائتين حالة والأخرى مؤجلة وتاريخها بعد تاريخ الأولى .

وَبِمَائَةٍ وَبِمَائَتَيْنِ فِي مَوْطِنَيْنِ ، نَالِثَهَا : إِنْ كَانَ الْأَكْثَرُ أَوْلاً لَزِمَتْ ثَلَاثُمِائَةٍ .

يعني : إذا أقر بمائة في موطن ثم أقر بمائتين أو تقدم الإقرار بالمائتين ، فقال محمد : يلزمه ثلاثمائة نظراً إلى اختلاف المالين .

وقال ابن سحنون : اضطرب قول مالك في هذا ، وآخر قولييه أن يحلف المقر ما ذاك إلا مال واحد ، ثم لا يلزمه إلا مائتان ، وبه أخذ ابن عبد الحكم وابن سحنون ، ونقل ابن حبيب عن أصبغ التفرقة ، فإن أقر بالأقل أولاً صدق المقر ؛ لأن الأقل دخل في الأكثر ، وإن أقر بالأكثر فهما مالان ؛ عادة الناس إذا تقدم الأقل ثم زادوا عليه أن يجمعوه مع الأقل ، بخلاف ما إذا تقدم الأكثر ، ولهذه المسألة والتي قبلها شبه بتكرار الوصية .

تَعَقَّبَهُ بِالرَّافِعِ .

أي : تعقب الإقرار بما يتوهم أنه رافع .

فَقَالَ : أَلْفٌ مِنْ ثَمَنِ خَمْرٍ وَشِبْهِهِ فَأَنْكَرَ لَزِمَهُ ، بِخِلَافِ اشْتَرَيْتُ مِنْكَ خَمْرًا بِأَلْفٍ .

لأن قوله : علي ألف ، إقرار منه بألف ، وقوله بعد ذلك : إنها من ثمن خمر أو مائة أو شيء لا يصلح بيعه يعد ندماً ، ولذلك إذا أنكر لزومه الألف .

ابن عبد السلام : وهذا صحيح على قول من يبعض كلام المقر من أصحابنا ، وأما من لا يبعضه فالأقرب أنه لا يلزمه شيء ؛ لأن أول الكلام مرتبط بآخره .

وقوله : (بِخِلَافِ... إلخ) أي : فلا يلزمه شيء ؛ لأنه هنا لم يقر بشيء في ذمته .

وَكَذَلِكَ مِنْ ثَمَنِ عَبْدٍ وَلَمْ أَقْبِضْهُ .

أي : وكذلك تلزمه الألف ؛ لأن قوله : (وَلَمْ أَقْبِضْهُ) يعد ندماً كالأول ، وهذا قول ابن القاسم وسحنون وغيرهما .

ابن شاس^(١) : وقيل : القول قوله وعلى البائع البينة أنه سلم العبد إليه .

بِخِلَافِ اشْتَرَيْتَهُ بِالْفِ وَلَمْ أَقْبِضَهُ .

أي : فلا يلزمه شيء ؛ لأن قوله : (اشْتَرَيْتَهُ) لا يوجب عمارة الذمة ، إلا بشرط القبض في البيع فهو لم يقر به ، وفيه بحث لا يخفى عليه .

وَعَلَى أَلْفٍ مِنْ ثَمَنِ حَرِيرٍ ، ثُمَّ أَقَامَ بَيْنَهُ أَنَّهُ رَبِيًّا ؛ لَمْ يُقْبَلْ عَلَى الْأَصْحِّ ، كَمَا لَوْ قَالَ :
أَلْفٌ قَضَيْتَهُ

هكذا وقع في بعض النسخ حرير ، وكذلك وقع في نسخة ابن راشد وابن شاس وهو الصواب ، وما وقع في بعض النسخ خنزير فليس بصحيح ؛ لقوله : (ثُمَّ أَقَامَ بَيْنَهُ أَنَّهُ رَبِيًّا ؛ لَمْ يُقْبَلْ عَلَى الْأَصْحِّ ، كَمَا لَوْ قَالَ : أَلْفٌ) إذ هو حرام من أصله ، ومعنى كلامه : إذا أقر لفلان أن له عليه ألف درهم .

قال في «الجواهر»^(١) : ثم أقام بينة أنه ربا ، وقال سحنون : تقبل منه البينة أن ذلك ربا ويرد ذلك أصل رأس ماله وبالأول قال سحنون .

خليل : وعلى هذا فالمسألة على ثلاثة أوجه ؛ إن لم يكن إلا دعواه أنه ربا ؛ لم تقبل اتفاقاً ، وإن أقام بينة على إقرار الطالب أن التابع لم يقع بينهما إلا على الربا الذي ادعاه المقر ؛ قبل باتفاق ، وإن قالت البينة نشهد أن له عليه ألفاً من ربا ، وفي معناها أن تشهد على أن الطالب أقر أن عنده ألفاً من ربا ، فالأصح عدم القبول خلافاً لابن سحنون ، وصحح المصنف الأول ؛ لأنه لا منافاة بين هذه الشهادة وبين ما ذكر المقر ؛ لإمكان وقوع يتعين منهما اشترى منه حريراً بألف في زمان واشترى منه بعد ذلك أو قبله من الأثرية الربوية بألف .

وقوله : (كَمَا لَوْ قَالَ : أَلْفٌ قَضَيْتَهُ) أي : لا تقبل بينته أنه ربا ، كما لا يقبل منه دعوى القضاء في قوله : علي ألف لفلان قضيته .

بِخِلَافِ إِقْرَارِ الْمُقْرَّرِ لَهُ .

أي : بأنه ربا ، ولا إشكال في هذا .

وَأَلْفٌ إِنْ شَاءَ اللَّهُ يَلْزَمُهُ .

هكذا نقل ابن سحنون عن جميع أصحابنا ، ووجهه أنه لما لفظ بإقرار فقد علمنا أن الله

شاء بحكمه ، والقاعدة أن الاستثناء بالمشيئة لا يفيد في غير اليمين بالله تعالى ، وقال محمد بن عبد الحكم : لا يلزمه شيء ، وكأنه أدخل ما يوجب الشك ، واختلف أيضاً في القائل : لك علي ألف إن قضى الله تعالى ذلك ، وإذا أراد الله ، أو إن رضي الله ، أو إن أحب الله ذلك ، أو يسر الله ذلك ، فألزمه سحنون ولم يلزمه ابن المواز .

وَأَلْفٌ فِي عِلْمِي ، أَوْ ظَنِّي وَشِبْهَهُ قَوْلَانِ .

(وشبّهه) أي : فيما أظن ، أو أعلم ، أو أرى ، أو في اعتقادي ، أو فيما يحضرنني ، أو فيما أحسب ، واللزوم لسحنون ، وعدمه لابن عبد الحكم وابن المواز ، وقاسا ذلك على الشهادة ، فإن هذه الألفاظ تبطلها ، بخلاف الإقرار .

وَأَلْفٌ مُؤَجَّلٌ يُقْبَلُ قَوْلُهُ فِي تَأْجِيلِ مِثْلِهَا عَلَى الْأَصَحِّ بِخِلَافِ مُؤَجَّلَةٍ فِي الْقَرْضِ .

يعني : أن من أقر بمال مؤجل ، فإن كان من قرض لم يصدق وحلف المقر له إن أنكر الأجل ؛ لأن الأصل فيه الحلول .

وإن كان من بيع ، فإن ادعى أجلاً مستنكراً لم يصدق وحلف المقر له ، وإن ادعى أجلاً لا يستنكر ، فقولان :

أحدهما وهو الذي قدمه ابن شاس وصححه المصنف : أنه لا يلزمه ما أقر به من التأجيل .

والثاني حكاه ابن شعبان : أن المقر له يحلف وتكون الألف حالة ؛ لأنه أقر بالألف وادعى التأجيل .

ولعل منشأ الخلاف الخلاف في تبعض الجمل .

وَأَلْفٌ إِنْ حَلَفَ فَحَلَفَ ، أَوْ شَهِدَ بِهَا فَلَانَ فَشَهِدَ ؛ لَمْ يَلْزَمَهُ .

لأن من حجته أن يقول : ظننت أنه لا يحلف إلا على الحق ، ويقول : ظننت أنه لا يشهد إلا بالحق ، وقد تبين لي خلاف ذلك ، ويحلف المقر بعد ذلك لرد هذه الدعوى ، ونقل ابن سحنون الاتفاق على ذلك ، فقال : إن قال : لفلان عليّ مائة دينار إن حلف ، أو إذا حلف ، أو حين يحلف ، أو مع يمينه ، أو في يمينه ، أو بعد يمينه ، فحلف فلان على ذلك ونكل المقر ، وقال : ما ظننت أنه يحلف ؛ فلا يؤخذ بذلك المقر في إجماعنا ، ولذلك قال محمد بن عبد الحكم : إذا قال : لفلان عليّ مائة إن حلف فيها ، أو ادعاها ،

أو مهما حلف بالعتق أو الطلاق أو الصدقة ، أو قال : إن حلف مطلقاً فلا شيء على المقر بهذا وإن حلف الطالب ، وكذلك قال اشهد ذلك أو كان يعلم أنها له ، أو قال : إن أعارني دابته فأعاره ، أو قال : إن شهد بها فلان فشهد بها على المقر ؛ فلا شيء على المقر في ذلك كله ، وأما إن قال : إن حكم بها فلان لرجل سماه ، فتحاكما إليه فحكم بها عليه يلزمه ذلك ، ونص مالك في مسألة إن شهد فشهد أنه لا يلزمه ، وقيده ابن القاسم بما إذا لم يكن عدلاً ، وأما العدل فيقبل عليه ، ونحوه في «المجموعة» ، ولا بد من تقييد مسألة قوله : إن حلف بما إذا لم يكن ذلك على طريق الدعوى ، فإن قال ابتداء : له عليّ كذا إن حلف ، وأما إن ادعى عليه بألف مثلاً ، فقال : احلف وخذها ، فهذا يلزمه ولا رجوع له ، نص عليه ابن يونس .

وفي «البيان» (١) : إن نازعه في شيء ، فقال : إن شهد لك فلان ، تحصيل المسألة : أنه إذا قال له ذلك على وجه التبكيت لصاحبه ولإبراء الشاهد عن الكذب ، فلا اختلاف أنه لا يلزمه ما شهد به عليه ، وإن لم يقله على وجه ثلاثة أقوال :

أولها : لا يلزمه ما شهد به عليه ، كان تحقق علم ما نازعه فيه خصمه أم لا ، فلا يحكم به عليه مع شاهد آخر ومع يمين المدعى عليه ، وهو قول ابن القاسم وابن سحنون وعيسى وأصبغ .

ثانيها : أنه لا يلزمه ما شهد به عليه ، كان تحقق ما نازعه فيه خصمه أم لا ، ويؤخذ دون يمين المدعي ، وهو قول مطرف .

ثالثها : أنه لا يلزمه إن كان لا يتحقق معرفة ما نازعه فيه خصمه ولا يلزمه إن كان تحقق ذلك ، وهو قول ابن دينار وابن كنانة ، واختار سحنون : سواء كان الشاهد في هذا عدلاً أو مسخوطاً أو نصرانياً ، وقد قيل : لا يلزم ؛ لأن محمل كلامه على التبكيت حتى يتبين منه الرضا بقوله ، والتزام الحكم به على نفسه على كل حال في ما نازعه فيه من حد أو أرض أو ما أشبه ذلك محمول على التبكيت حتى يتبين غير التبكيت ، ولا خلاف أن له الرجوع بقوله قبل أن يشهد ، انتهى .

ابن عبد السلام : وتأمل ما حكاه سحنون وابن عبد الحكم في تعليل الإقرار على يمين المدعي مع قوله في «المدونة» (٢) عن مالك فيمن قال : احلف ، حلف أن الحق الذي تدعيه

(١) «البيان والتحصيل» (٩/٤٣٤) .

(٢) «المدونة» (١٣/٢٥٩) .

حق وأنا ضامن ورجع ، أنه لا ينفعه رجوعه ، ويلزمه ذلك إن حلف الطالب ، وإن مات كان ذلك في ماله ولم يجعله هبة غير مقبوضة ؛ لأجل أنه أدخله في عهدة اليمين .

خليل : وقد يقال مسألة « المدونة » خارجة عن هذا وهي من باب الإلزام المرتب على شرط .

المتيطي : ومن وجب عليه اليمين ، فردها على من وجبت له ، أو رضي أن يحلف صاحبه فلما جاء مقطوع الحقوق رجع عن الرضا ، فقد لزمه الرضا كان عند السلطان أو غيره .

أبو عمران : وهذا متفق عليه ، بخلاف المدعى عليه يلتزم اليمين ثم يريد الرجوع عنها فذلك له ؛ لأن إلزامه لا يكون أشد من إلزام الله تعالى .

قال : وقد خالفني في ذلك ابن الكاتب ورأى أن ذلك يلزمه وليس له رد اليمين ، والصواب ما قدمناه .

وَهَذِهِ الشَّاةُ أَوْ هَذِهِ النَّاقَةُ ؛ لَرَمْتَهُ الشَّاةُ وَحَلَفَ عَلَى النَّاقَةِ .

يعني : إذا حقق المقر وشك وحلف في المقر به ، كما لو قال : هذه الشاة لفلان ، أو هذه الناقة ، فذكر سحنون أن ما قبل حرف الشك وهو الأول لازم ويحلف على ما بعده ، وكذلك لو قال : علي مائة أو دينار ، أو له علي مائة أو كذا حنطة ، وفيما قال في هذه المسألة نظر لا يخفي عليك .

وَغَضِبْتُ عَبْدًا مِنْ فُلَانٍ لَا بَلَّ مِنْ فُلَانٍ ؛ فَهُوَ لِلأَوَّلِ وَيُقْضَى لِلأَخْرِ بِقِيَمَتِهِ .

يعني : فإن وقع الإقرار لشخص ثم أضرب عن ذلك الشخص وأثبت لشخص آخر ؛ فإنه يقضى به للأول لإقراره به وهو متهم على إخراجهم عن المقر له أولاً ؛ فلذلك كان للأول ، ومن حجة الثاني أيضاً أن يقول : أنت قد اعترفت بأنه لي بإضرابك عن الأول وقد ضيعته بإقرارك به للأول أولاً ، فلذلك ألزم المقر قيمة المقر به للثاني إن كان مقوماً ، أو مثله إن كان مثلياً ، هكذا قال سحنون وغيره .

ابن عبد السلام : وهو المعروف ، ابن القاسم في « العتبية » (١) : ولا يمين عليه .

عيسى : إلا أن يدعيه الثاني ، فإن ادعاه فله اليمين على الأول ، فإن حلف

فكما ذكرنا، وإن نكل المقر له أولاً حلف المقر له ثانياً وكان العبد له ولم يكن على المقر شيء .

قال في «البيان» (١): وقول عيسى تفسير لقول ابن القاسم ويأتي على ما لسحنون في «نوازه» من كتاب الاستلحاق أنه لا شيء للمقر الثاني ؛ لأنه إذا أقر له بما قد استحقه الآخر لإقراره له به أولاً ، وانظر هل يتخرج أيضا فيها قول بأنه لا يكون للثاني إلا نصف القيمة من المسألة الآتية في كلام المصنف في الاستلحاق إذا قال الولد : هذا أخي لا بل هذا ، فلأول النصف وللثاني نصف ما بقي ، وقيل : جميعه .

وأشار ابن سحنون إلى مخالفة أشهب أيضاً في مسألة الغصب التي حكاها المصنف ، قال : وقال أشهب قولاً أباه سحنون في القائل : غضبت هذا العبد من زيد من عمرو ؛ أن العبد لزيد ويقضى لعمرو بقيمته ، وقد اتفق سحنون وأشهب على أن من قال : غضبت هذا العبد من زيد من عمر ، أو عمر بل من خالد ؛ أن العبد لزيد ويحلف إن شك فيه ، ولم يعجب هذا سحنوناً ؛ للإجماع فيمن قال : غضبت هذا العبد من زيد وعمرو بل من زيد ، أنه يقضى بالعبد لزيد وعمرو نصفين بينهما ويغرم لزيد نصف قيمة العبد إن أراد ذلك ، يريد وإن أراد أن يغرم له قيمة العبد كله فذلك من حقه ؛ لكونه لما قال : بل من زيد أضاف غضب الجميع إلى ملك زيد ، فليس له أن يغصبه عبداً كاملاً ويرد نصف عبد .

قال : وهذا يدل على قول سحنون ، ابن سحنون ، وقرأت على سحنون قول أصبغ : لو قال مائة دينار عندي لزيد من دين أو تعدٍ أو ودیعة بل هي لعمر ، ولكل واحد منهما مائة ، ولو كان ذلك في سعة ، فقال : هذا العبد غضبته من زيد بل من عمر ، فإن قال ذلك قبل أن يقبض زيد ؛ كان العبد بين زيد وعمرو ، ولو قال : غضبت من زيد ، ثم قال : بل من عمرو وقد قبض زيد العبد ، فإن العبد يكون لزيد ويغرم لعمر بقيمته ، فقال سحنون : أصاب إلا في العبد ، فإن الحكم أن يكون العبد لزيد ويقضى لعمر بقيمته ، سواء قال : بل هو لعمر بعد أن قبضه أو قبل أن يقبضه .

(١) «البيان والتحصيل» (١٠/٢٦٤) .

وَلَكَ أَحَدُهُمَا لِثَوْبَيْنِ ، لَهُ تَعْيِينُهُ ، فَإِنْ قَالَ : لَا أُدْرِي ، فَإِنْ عَيْنَ الْمُقْرَّ لَهُ أَدْنَاهُمَا أَخَذَهُ
وَأَجُودَهُمَا بِيَمِينٍ ، فَإِنْ قَالَ : لَا أُدْرِي حَلَفَ الْمُقْرُّ ، ثُمَّ حَلَفَ الْمُقْرُّ لَهُ وَكَانَا شَرِيكَيْنِ

يعني : وإن قال رجل لآخر : لك أحد هذين الثوبين أو العبدین فله ؛ أي : فللمقر
تعينه ، فإن عين الأعلى فلا كلام ، وإن عين الأدنى ووافقه المقر له فكذلك ، وإن خالفه
حلف المقر له وأخذ الأعلى ، ويبقى له الأدنى بتسليم المقر له .

ابن عبد السلام : وانظر هل ينتفع به انتفاعاً عوضاً عن قيمة الأعلى ، فإن غفل عن
ذلك حتى بيع الأدنى بأكثر من قيمة الأعلى يوم حلف المقر له وأخذه ؛ فيكون الزائد من
الثلث على القيمة موقوفاً أو يتصدق به ، انظر في ذلك كله ، ولا بن عبد الحكم ما يشبهه ،
انتهى .

وقوله : (فَإِنْ قَالَ : لَا أُدْرِي) فإن عين المقر له أدناهما ؛ أخذه بغير يمين لعدم التهمة ،
وإن عين أجودهما حلف .

قال في «البيان»^(١) في باب الدعوى والصلح : وتحليفه مثل ما في «المدونة» في مسألة
ضمان الصناعات ، بخلاف ما ذهب إليه ابن المواز ، فإن قال المقر له أيضاً : لا أدري ،
حلف المقر على نفي المعرفة ، وحلف أيضاً المقر له كذلك ، وما ذكره من حلفهما ويكونان
شريكين نص عليه ابن القاسم في «العتبية» ، وكذلك يكونان شريكين إذا حلف المقر له ولم
يحلف المقر .

قال في «البيان»^(٢) : وهو يأتي على القول بلحوق يمين التهمة ، وعلى أنها ترجع ؛
لأن كل واحد منهما يتهم صاحبه ، فيقول المقر له : تعلم أن أدناهما لك ويقول المقر
بالعكس ، فأوجب اليمين لكل واحد منهما على صاحبه ، فإن حلفا جميعاً أو نكلا جميعاً
كانا شريكين كما قال ؛ لاستوائهما في الحلف والنكول ، فإن حلف أحدهما ونكل الآخر
كانا أيضاً شريكين ؛ لأن الناكل منهما لما نكل وجب أن يرجع اليمين على صاحبه فيحلف
لقد يعلم أن أحدهما له وهو لم يحلف ، إلا أنه لا يعلم أن أحدهما هو ثوبه ، ويمين
التهمة إنما ترجع على البت .

(١) «البيان والتحصيل» (١٠/٤٨٨) .

(٢) «البيان والتحصيل» (١٠/٤٨٨) .

مالك : وهو رجل سوء حلف على ما لا علم له به ويأتي على القول بأن يمين التهمة لا تلحق أن يكونا شريكين في الثوبين ، ولا يكون لأحدهما على صاحبه يمين ، ويأتي على القول بأن يمين التهمة تلحق وأنها لا ترجع ، إن نكل المقر عن اليمين وحلف المقر له ؛ كان له أجود الثوبين ، لأنه قد وجب له بنكول المقر ، انتهى ، وقال أشهب : إذا نكلا جميعاً قضى للمقر له بأدناهما .

المازري : والأصل الذي يكون عليه أكثر فروع شك المقر فيما أقر به ؛ هو أن ما يقينه المقر فإنه لا محيص له عنه وما شك فيه وأيقن المقر له أخذه على اختلاف في أخذه له ، هل يأخذه بيمين أو بغير يمين ؟ وما شك فيه جميعاً المقر والمقر له ، ففي هذا قولان :

أحدهما : أن الذي شك فيه يسقط غرامته ولا تجب مطالبة المقر من أجله استصحاباً ببراءة الذمة .

والقول الثاني : أنه يقسم بين المقر والمقر له لتساويهما في إمكان كون الكل مشكوكاً فيه ، هل لهذا أو هذا ، فيقسم بينهما نصفين .

والاستثناء بما لا يستغرق ؛ كعشرة إلا تسعة يصح ، خلافاً لعبد الملك .

ذكر الاستثناء هنا لأنه من التعقب بالرافع ، وحاصله أنه يصح استثناء الأكثر خلافاً لعبد الملك ، والأول هو الصحيح لقوله تعالى : ﴿ إِنَّ عِبَادِي ﴾ إلى قوله : ﴿ مِنَ الْغَاوِينَ ﴾ [الحجر: ٤٢] والغاوون أكثر الناس ، لقوله : ﴿ وَمَا أَكْثَرُ النَّاسِ وَلَوْ حَرَصْتَ بِمُؤْمِنِينَ ﴾ [يوسف: ١٠٣] ولقوله عليه السلام حكاية عن ربه : «كلكم جائع إلا من أطعمته»^(١) والمطعم أكثر .

فإن قيل : من الأخذ من الآية نظر ؛ لأن الغاوين لم يدخلوا في العباد العافين إلى الله تعالى ؛ لأن الآية في المؤمنين المخلصين .

قيل : لا نسلم أن الغاوين ليسوا من العباد ؛ لأن العباد مخلصون وغير مخلصين بدليل اتصاف العباد بالمخلصين ، ولأنه يلزم حيثئذ أن يكون الاستثناء منقطعاً وهي خلاف الأصل ، فإن قيل : اتصاف العباد بالمخلصين للمدح لا للتخليص .

فالجواب : أن الأصل في الوصف التخصيص ، وحمله على المدح على خلاف الأصل .

(١) أخرجه مسلم (٢٥٧٧) من حديث أبي ذر رضي الله عنه .

وعن ابن الماجشون : لا يصح استثناء الواحد الكامل ، وإنما يصح استثناء الأجزاء كما تقدمت الإشارة إليه ويردُّ قوله ؛ لاتفاق فقهاء الأمصار أنه لو قال : عندي عشرة إلا تسعة ، أنه لا يلزمه إلا واحد ، ويمكن أن يجاب له بأنه إنما ألزموه بالواحد نظراً إلى العرف لا إلى اللغة ، ويرد عليه بأن الأصل ألا يخالف العرف اللغة ، والله أعلم .

وَعَلَى الْمَشْهُورِ : عَشْرَةٌ إِلَّا تِسْعَةٌ إِلَّا ثَمَانِيَةٌ ؛ تَلْزِمُ تِسْعَةٌ .

لا على قول عبد الملك ، وإنما لزمه تسعة ؛ لأن القاعدة : أن الاستثناء من الإثبات نفي ومن النفي إثبات ، فقوله : (عَشْرَةٌ) إثبات أخرج منه تسعة فيبقى واحد ، ثم أدخل ثمانية أخرى فكان المقر به تسعة .

وإِلَى وَاحِدٍ تَلْزِمُهُ خَمْسَةٌ .

يعني : أن من استثنى من العشرة إلى الواحد فيلزمه خمسة ؛ أي : إذا قال عشرة إلا تسعة إلا ثمانية إلا سبعة إلا ستة إلا خمسة إلا أربعة إلا ثلاثة إلا اثنين إلا واحدا ، وتقريره بما تقدم : أن الاستثناء من الإثبات نفي ومن النفي إثبات ، ولك أيضاً في معرفة هذا وجهان :

الأول : أن تجمع الأشفاع والأوتار ثم تسقط الأوتار من الأشفاع ، فمهما بقي شيء كان هو الباقي ، فتجمع العشرة والثمانية والستة والأربعة والاثنين فيكون المجموع ثلاثين ، وتجمع التسعة والسبعة والخمسة والثلاثة والواحد فيكون المجموع خمسة وعشرين تسقطها من الثلاثين تبقى خمسة وهي المقر بها .

والوجه الثاني : أن تحط الأخير فما يليه كذلك حتى الأول ، فما حصل فهو الباقي فتحط الواحد من الاثنين يبقى واحد تحطه من ثلاثة ، يبقى اثنان تحطهما من أربعة ، يبقى اثنان تحطهما من خمسة ، تبقى ثلاثة تحطها من ستة ، تبقى ثلاثة تحطها من سبعة ، تبقى أربعة تحطها من ثمانية ، تبقى أربعة تحطها من تسعة ، تبقى خمسة تحطها من عشرة ، تبقى خمسة وهو المقر به .

وَلَا فَرْقَ بَيْنَ قَوْلِهِ : لَهُ الدَّارُ إِلَّا البَيْتُ ، وَقَوْلِهِ : وَالبَيْتُ لِي .

يعني : لا فرق في الاستثناء بأدواته وبين ما يؤدي إليه وهو ظاهر .

ابن عبد الحكم : ولو قال غصبته جميع هذه الدار وبيتها لي ؛ فهذا لا يقبل منه ، وقد

أقر بغصب جميعها ؛ لأنه قال : غصبتك بيتاً هو لي ، وأما إن قال : هذه الدار وبيت فيها لي ؛ قبل قوله مع يمينه .

وَاسْتِثْنَاءٌ مِنْ غَيْرِ الْجِنْسِ ، مِثْلُ : أَلْفٌ دِرْهَمٌ إِلَّا عَبْدًا ، يَصِحُّ عَلَى الْأَصْحِ وَتَسْقُطُ قِيَمَةُ الْعَبْدِ

هذا مفرع على الأصح ، وعلى الأصح فيقال للمقر : صف العبد المستثنى وتقوم صفته وتسقط من الألف ويلزمه ما بقي ، فإن ذكر أن القيمة تستغرق المقر به ؛ بطل استثناءه ولزم ما أقر به ، قاله في «الجواهر»^(١) ، ومقابل الأشهر حكاه ابن سحنون أنه لا يصح ويلزمه ما أقر به قبل الاستثناء واختاره بعضهم ؛ لأنه يلزم أن يكون أمرها مجهولاً بالألف واللام .

كتاب الاستلحاق

الاستلحاق: لما فرغ من الإقرار بالمال شرع في الإقرار بالنسب ، والمشهور أنه لا يستلحق الورثة إذا اجتمعوا ، قاله بعض الشيوخ ، ووقع في كلام ابن القصار ما ظاهره ثبوت النسب كمذهب الشافعي في ذلك .

وَإِذَا اسْتَلْحَقَ مَجْهُولَ النَّسَبِ لِحَقِّ بِهِ مَا لَمْ يُكْذِبْهُ الْعَقْلُ لِصِغَرِهِ ، أَوْ الْعَادَةُ بِبَلَدِهِ ، أَوْ الشَّرْعُ لِشُهْرَةِ نَسَبِهِ

يعني : إذا استلحق شخص مجهول النسب لحق به ؛ لأن الناس مصدقون على أنسابهم والشرع متشوق إلى حقوق النسب ، إلا أن يكذبه العقل ... إلخ .

فالعقل: كما إذا استلحق من هو أكبر منه ؛ إذ العقل مانع أن يكون الولد أكبر من أبيه .

والعادة: كما إذا استلحق من ببلد يعلم أن المستلحق لم يدخلها .

والشرع: كما لو استلحق من هو مشهور النسب ، فإن شهرة نسبه تمنع أن يلحق بالغير ، وإذا كانت الشهرة تمنع فأحرى إذا ثبت نسبه .

وفي «المدونة»^(١) لابن القاسم : في الذي يتبين به كذبه أن يكون له أب معروف ، أو هو من المحمولين من بلد لا يعلم أنه دخلها كالزنج والصقالبة ، أو تقوم البينة أن الأم لم تزل زوجة لغيره حتى ماتت ، قيل له : فإن قالوا لم تزل ملكاً لغيره حتى ماتت ، قال : لا أدري ما هذا ولعله تزوجها ، ويناقد المصنف بأن قوله أولاً : (مَجْهُولَ النَّسَبِ) يعني عن قوله : (لشُهْرَةِ نَسَبِهِ) لأن الجهل بنسبه مع شهرة نسبه متضادان ، ولمالك في «المدونة»: من باع صبياً ولد عنده ثم أقر بعد ذلك أنه ابنه ؛ لحق به ورد الثمن ، إلا أن يتبين كذبه ، وقد نزلت بالمدينة وقضى بها بعد خمس عشرة سنة .

وَلَا كَلَامَ لَهُ وَلَوْ كَانَ كَبِيرًا .

يعني : ولا كلام للمقر به ؛ لأنه لا يقابل دعوى المقر إلا بعدم العلم لا بالتحقيق ، وإذا لم يكن للكبير كلام فأحرى الصغير ، ونص في «النوادر»^(٢) على أنه لا يلتفت لتصديق

(١) «المدونة» (٣٦٦/٨) .

(٢) «النوادر والزيادات» (٣٨٢/٨) .

الولد ولا تكذيبه وأنه لا يقبل، سواء كان الأب صحيحاً أو مريضاً، أحاط الدين بماله أم لا .
وفي «الكافي» (١) في آخر الفرائض شرط ذلك تصديق الولد إذا كان الولد كبيراً ،
ونص على أنه لو استلحق ولدأ كبيراً بعد موته أنه لا يلحق إلا ببينة .

وعلل ذلك بأن استلحاقه يفتقر إلى تصديقه والتصديق قد علم بموته ، بخلاف الصغير
فإذا استلحقه بعد موته يلحق به ويرثه ، ويؤيد في «المدونة» (٢) في باب الشهادة : ومن
ادعى على رجل أنه ولده أو والده فأنكر ؛ فلا يمين له عليه .

قال ابن يونس : معناه أن الولد كبير ، ولو كان صغيراً لجاز استلحاقه إذا لم يعرف
كذبه .

فرع : وهل من شرط استلحاق الولد ألا يكون للمستلحق وارث معروف كغير الولد
وهو أقرب ، نقله سحنون عن أصحابنا ، أو إنما يشترط ذلك في غير الولد وهو الذي في
«العتبية» .

قال في «الجواهر» (٣) : ولو استلحق ولدأ ثم أنكره ثم مات الولد عن مال فلا يأخذه
المستلحق .

ابن القاسم : ويوقف ذلك المال ، فإن مات هذا المستلحق صار المال لورثته وقضى به
دينه ، فإن قام غرماؤه عليه وهو حي أخذوا ذلك المال في ديونهم .
وَقَالَ سَحْنُونُ : لَا يُقْبَلُ إِذَا لَمْ يَتَقَدَّمَ نِكَاحٌ أَوْ مَلِكٌ يَمِينٍ .

يعني : أن أهل المذهب لا يشترطون في الاستلحاق تقدم النكاح أو ملك يمين ، وقال
سحنون : يشترط فيه أن يعلم أحدهما ، ونحوه لابن القاسم ، لكن المشهور عنه الأول .
وَلَوْ اسْتَلْحَقَ ذَا مَالٍ وَلَهُ وَارِثٌ لَمْ يَرِثْهُ .

هذا خاص بغير الولد ؛ لأنه قدم الكلام في الولد ، وأنه يقبل استلحاقه ما لم يكذبه
العقل . . . إلخ ، وقد تقدم في اللعان ما إذا استلحقه بعد نفيه وموته ، وأن مذهب
«المدونة» : يرثه بشرط أن يترك الولد ولدأ ، وأن ابن العطار وغيره قالوا بنفي الإرث وإن

(١) «الكافي» (ص/٤٨٤) .

(٢) «المدونة» (١٣/١٧٩) .

(٣) «الجواهر» (٢/٨٤٨) .

فضلاً ، قيد في «المدونة»^(١) إذا لم يكن للميت ولد بما إذا كان المال كثيراً ، ونص في «الجواهر»^(٢) ونحوه لصاحب «الذخيرة»^(٣) أن هذا الفرع خاص بغير الولد .

وقوله : (وَأَرِثُ) أي : عاصب معروف بنسب أو ولاء يدل عليه ما بعده ، ومثال المسألة ، ما إذا قال : هذا أخي أو عمي أو ابن أخي ونحو ذلك ، فإن كان للمستلحق عاصب يرثه لم يرثه هذا المقر به ؛ لأن ذلك الوارث يستحق ذا المال وهو يتهم في إخراجه ، ولفظ ذا مفعول .

وقوله : (وَلَهُ وَأَرِثُ) جملة حالية من الضمير في (اسْتَلْحَقَ) فإن قلت : هل يصح أن يكون أيضاً (ذَاً) حالاً من فاعل استلحق ؛ أي : استلحق حال كونه ذا مال ، قيل : فيه بعد ، والله أعلم .

وَكَذَلِكَ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ وَأَرِثُ عَلَى الْأَصْحِّ ، بِنَاءٍ عَلَى أَنَّ الْمُسْلِمِينَ كَالْوَارِثِ أَوْ لَا .

يعني : وكذلك لو استلحق غير الولد وله مال ولم يكن له وارث معروف بالنسب ، فإن الأصح أنه لا يرثه ، ومنشأ الخلاف ما ذكره ، هل بيت المال وارث أم لا ، وإنما هو حائز للأموال الضائعة ، واضطرب الشيوخ في تعيين المشهور ؛ فالباجي^(٤) يقول : والذي عليه جمهور أصحابنا قبول إقراره ويرثه المقر له ولا يثبت نسله بذلك ، وقاله أصبغ وسحنون ، ثم قال سحنون : لا يرثه ؛ لأن المسلمين يرثونه ، وقاله أشهب .

ابن يونس : نسبة الأول إلى المذهب منكر إلا على قول شاذ لابن القاسم .

ابن عبد السلام : ولكن هذا إذا كان المقر ذا مال ، ومسألة المؤلف في العكس أن يكون المقر له ذا مال ، فتأمل ذلك .

وَلَوْ قَالَ لِأَوْلَادِ أُمَّتِهِ : أَحَدَهُمْ وَلَدِي وَمَاتَ وَلَمْ تُعْرِفْ عَيْنَهُ ؛ فَالصَّغِيرُ وَحْدَهُ حُرٌّ ، وَقِيلَ : وَثَلَاثَةُ الْأَوْسَطِ وَثَلَاثُ الْأَكْبَرِ ، وَقِيلَ : الْجَمِيعُ

أي : ومات ولم تعرف عين الولد ، وذكر المصنف وابن شاس^(٥) ثلاثة أقوال ، وقد

(١) «المدونة» (١٧٩/١٣) .

(٢) «الجواهر» (٨٤٨/٢) .

(٣) «الذخيرة» (٥٣/١١) .

(٤) «المنتقى» (١٢٠/٤) .

(٥) «الجواهر» (٨٤٩/٢) .

ذكرها صاحب «النوادر»^(١)، وعزا الأول في كلام المصنف لسحنون والثاني للمغيرة والثالث لابن عبد الحكم ؛ فرأى في الأول والأوسط عدم العتق ، لاحتمال أن يكون الميت لم يرد واحداً منهما وإنما أراد الأصغر ، فلا يعتق واحداً إلا بيقين على القول بأن الشك لا يؤثر في العتق ، ورأى المغيرة أن الصغير هو على كل تقدير ؛ لأنه إذا كان الأكبر هو الولد فهو حر ، وكذلك الأوسط والأصغر ، وإن كان الأوسط هو الولد فهو حر مع الأصغر والأكبر رقيق ، وإن كان الأصغر هو الولد فهو حر دونهما ، ولما كان الأوسط حرّاً على تقديرين ورقيق على تقدير عتق ثلثاه ، ولما كان الأكبر حرّاً على تقدير ورقيقاً على تقديرين عتق ثلثه ، ورأى ابن عبد الحكم عتق جميعهم بالشك كما وجب اجتناب الشاتين إحداهما ذكية والأخرى ميتة ، وكاجتناب المرأتين إذا كانت إحداهما محرمة ؛ لأنه لما اختلط من يجوز ملكه بمن لا يجوز ملكه وتعذر التعيين في إعتاق من لا يجوز ملكه وجب إعتاق الجميع ؛ لأن ما لا يتوصل إلى الواجب إلا به فهو واجب .

تنبيه : هذا الكلام المتقدم إنما هو إذا كان الإخوة من أمٍّ واحدة وهو الذي يؤخذ من كلام المصنف ؛ لقوله : (لأولادِ أمته) .

قال في «العتبية»^(٢) : وإن كانوا مفترقين فإن القول ببلد رسول الله ﷺ وأكثر الرواة ، أن يحمل هذا عندهم محمل من قال : أحد عبيدي حر .

وقال المخزومي : يعتق من كل واحد ثلثه ويرق ثلثاه ، وقال آخرون : يعتق واحد من الثلاثة بالقرعة ؛ لأنه لما كان مجهولاً عتق بحكم الوصية فقط ، وقد قيل : إنه يقرع بينهم ، وإن كانوا لأم فيقرع بين الأكبر والأوسط ، وأما الأصغر فهو حر على كل حال ؛ لأنه لا يصح أن يختلف فيه ، وإن كان ظاهر الرواية خلاف ذلك فتأول على هذا وهو تأويل سائغ ؛ لأن الاثنين جماعة فيحمل قوله بينهم على الأكبر والأوسط ، قال : ولا خلاف أنه لا إرث لأحدهم منه .

وَإِذَا وَلَدَتْ زَوْجَتُهُ وَغَيْرُهَا وَلَدَيْنِ وَمَاتَا وَاخْتَلَطَا ؛ عَيْتَهُ الْقَافَةُ .

يحتمل أن يريد بغير زوجته ما هو أعم من أمته والأجنبية ، ويحتمل أن يريد أمته فقط ، وهذا الثاني أشبه بأصل المذهب في أن القافة إنما تكون في الآباء .

(١) «النوادر والزيادات» (٣٨٥/٨) .

(٢) «البيان والتحصيل» (٢٨٣/١٣) .

وفي «الجواهر» (١): ولو نزل ضيف على رجل وله أم ولد حامل فولدت هي وولدت أم ولد الضيف في ليلة بتين فلم تعرف واحدة منهما بنتها وتداعتا أحدهما ونفي الآخر ؛ فإن القافة تدعى لهما ، وقال سحنون فيمن ولدت امرأته وجاريتها فأشكل عليهم ولد الحرة من ولد الأمة ومات الرجل ولم يدع عصابة تستدل بها القافة على ولد الميت ؛ ليس في مثل هذا قافة ، ولا يكون الميراث بالشك .

وفي «كتاب ابن عيسى» : في امرأة طرحت ابنتها ثم عادت لأخذها فوجدتها وأخرى معها ولم تعرف بنتها منهما ، فقال ابن القاسم : لا يلحق بزوجها واحدة منهما ، وبه قال ابن المواز ، وقال سحنون : تدعى لهما القافة ، وإلى هذا الفرع الأخير أشار المصنف بقوله :

قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ فِي امْرَأَةٍ وَجَدَتْ مَعَ بِنْتِهَا أُخْرَى : أَلَا تُلْحِقُ بِزَوْجِهَا وَاحِدَةً مِنْهُمَا ،
وَقَالَ سَحْنُونُ : الْقَافَةُ

وكان المصنف أتى بهذا الفرع إثر الأول ، إشارة إلى التعارض بينهما ؛ لأنهم قالوا في الأول بحكم القافة ولم يذكروا خلافه ، ومذهب ابن القاسم في الثاني عدم إعمال القافة ، فكأنه أشار إلى التخريج وهو تخريج ظاهر ، والظاهر : أنه لا فرق بينهما .

وقول المصنف في الفرع السابق (وَمَاتَتَا) الظاهر أنه لا يحتاج إلى ذلك ؛ لأنه لا مفهوم له ، ولا فرق بين مامتهما وبين حياتهما ، فإن قيل : فلم حكموا في الأول في القافة وهي لا تكون في الحرائر على المشهور ، وقيل : الفرق بين هذه المسائل المذكورة هنا وغيرها من وجهين :

أولهما : أن النسب هنا ثابت وإنما القافة لتبينه .

وثانيهما : إنما لم تعتبر في الحرائر القافة حيث يمكن دفع الولد باللعان وهانئا تعذر فاستوى الأحرار وغيرهم في ذلك .

وَلَا تَعْتَمِدُ الْقَافَةُ إِلَّا عَلَى أَبِي حَيٍّ ، وَقِيلَ : وَعَلَى الْعَصْبَةِ .

يعني : أن القافة إنما تعتمد على الأب الحي على ظاهر المذهب قصراً لذلك على قصة زيد وأسامة .

وقال سحنون : يعتمد على شبه العصبه ؛ يعني : في موت الأب .

قوله : (حَيٌّ) هو كذلك في الرواية ، ظاهره أنه لا يعتبر الأب إذا مات ، ولكن فسر سحنون الحياة بوجوده لينظر شبهه ؛ سواء كان حياً أو ميتاً ، والفرق والأقرب أن يعتمد على ما تقوله : إنها تعرف بذلك النسب ، فإن قالت : لا تعرف ذلك إلا بالأب ؛ اعتبر الأب فقط ، وإن قالت : لا تعرف ذلك بالعصبه رجع إليهم في ذلك ، ولا وجه لنقل الخلاف في هذه المسألة ، والله أعلم ، والمشهور : أنه يكتفى بالقائف الواحد ، وقيل : لا بد من اثنين .

وَإِذَا أَقْرَّ وَلَدَانِ عَدْلَانِ بَثَلْتِ النَّسَبُ ، وَعَدْلٌ يَحْلِفُ وَيُشَارِكُهُمَا وَلَا يَثْبُتُ
النَّسَبُ ، وَغَيْرُ عَدْلٍ يُؤْخَذُ لَهُ مِنْهُ مَا زَادَ عَلَيَّ تَقْدِيرِ دُخُولِهِ مَعَهُمْ

أما إذا أقر عدلان فواضح ، ولا خصوصية للوالدين ، بل وكذلك العمان والأخوان ، وأما العدل فيحلف معه ويشاركهما ؛ لأنه إنما شهد له على مال ، وهكذا في «الجواهر»^(١) و «الذخيرة»^(٢) ، ونقل عن الباجي ونحوه ، والمذهب خلافه على ما نقله العلماء قديماً وحديثاً ، وقد صرح بعضهم بأن ما نقله ابن الحاجب وهم .

والمذهب : أن العدل كغيره وليس للمقر له الأخذ إلا من المقر ، فإن قلت : لم لا يقيد كلامه بما إذا لم يكن للميت وارث معروف؟ فقد نقل صاحب «النوادر»^(٣) وغيره : أنه إذ لم يكن للميت ولد معروف فادعى أنه ولد للميت أو زوجة فأقام على ذلك شاهداً ؛ أن ابن القاسم قال : يقضى له بالشاهد واليمين بالميراث دون النسب .

وقال أشهب : لا يقضى له به ؛ لأن المال فرع بثبوت النسب ، واتفقا على عدم أخذ المال إذا كان للميت وارث معروف ، قيل : لما فرض المصنف المسألة في ولدين لزم قطعاً حصول الوارث المعروف ، وهي يتفق فيها على عدم الإرث .

فإن قلت : فكلامه هنا موافق لما ذكره في النكاح إذا أقامت المرأة شاهداً على النكاح بعد الموت ، فقال ابن القاسم : تحلف معه وترث ، وقال أشهب : لا ترث ، وتوقف أصبغ .

(١) «الجواهر» (٢/٥١٥) .

(٢) «الذخيرة» (٩/٣٠٧) .

(٣) «النوادر والزيادات» (٩/٣٩٨) .

قيل : هذه المسألة أيضاً مقيدة عند ابن القاسم بما إذا لم يكن للميت وارث معروف ، كما صرح به صاحب «النوادر» وغيره ، ومذهبنا : عدم ثبوت النسب بالعدل الواحد ولو لم يرث غيره ، وقال الشافعي -رضي الله عنه- : إذا لم يرث غيره يثبت النسب ، ومثله عن ابن القصار .

وقوله : (وَعَبْرٌ عَدْلٌ يُؤْخَذُ لَهُ مِنْهُ... إلخ) هو المشهور ، وسيأتي بيان العمل في ذلك في باب الفرائض إن شاء الله .

وقال ابن كنانة : إن المقر يشاركهم ، وهذا إذا كانت التركة عيناً ، وأما إن كانت عروضاً كما لو ترك الميت عبداً أو أمة ، فأخذ المقر عبداً والمنكر الأمة ، ثم أقر أحدهما بأخ ، فقال ابن عيسى : هو مقر بثلاث العبد وثلاث الأمة وكان له في الإنكار ؛ يعني : للمقر نصف كل واحد ، فأقر في كل نصف وجب له بثلاث ذلك النصف وهو سدس العبد ، فلما باع نصفه في الأمة بنصف أخيه في العبد ؛ ضمن لأخيه سدس قيمة الأمة ، وأما ثلث العبد فوجب له ؛ لأن سدسه كان بيده ، وسدس آخر عاوض فيه أخاه فابتاع ما لا يحل ؛ كمن اشترى شيئاً ثم أقر أنه لآخر فليسلمه إليه ، فقد وجب له ثلث العبد بكل حال ، ويخير في سدس الأمة بين أن يأخذ منه قيمته أو يأخذ منه سدس العبد الذي باعه فيصير له نصف العبد ، وقال أيوب المصري : قول أهل المدينة أن يعطيه ثلث العبد ويضمن له قيمة سدس الأمة ؛ لأنه باع ذلك بالسدس من العبد وهو مقر أنه لأخيه .

أبو محمد : وهذا هو الصواب وليس فيه تخيير ؛ لأن الذي أقر له به من العبد اشترى نصفه بسدس الأمة الذي كان بيد أخيه من العبد الذي كان بيده .

وَلَوْ قَالَ الْوَلَدُ : هَذَا أَخِي ، لَا بَلْ هَذَا ؛ فَلِلْأَوَّلِ النِّصْفُ وَلِلثَّانِي نِصْفٌ مَّا بَقِيَ بِيَدِهِ ، وَقِيلَ : جَمِيعُهُ

أي : فللثاني نصف ما بقي بيده نظراً إلى عذره بالخطأ ، وقيل : جميعه بناء على عدم عذره بالخطأ ؛ إذ الخطأ والعمد في أموال الناس سواء ، ومن حجة الثاني أن يقول : أنت معترف باستحقاق نصف المال وأنت قد ضيعت حقلك بإقرارك للأول ، وكذلك إذا أقر بوارث ثم بوارث لم يدخل الثاني مع الأول إلا أن يكون الإقرار بهما نسقاً ، فإن أقر بالثاني بعد أن دفع للأول ؛ فليس عليه للثاني إلا الفضل الذي بيده على نصيبه ، مثاله :

توفي رجل وترك ابناً فله المال كله ، فأقر بابتن آخر فله نصف المال بلا خلاف ، فإن أقر بثالث ، فقال سحنون : حكمه حكم ابنتين ثابتي النسب أقر أحدهما بثالث فيدفع له ثلث ما بيده ، وكذلك لو أقر برابع وخامس .

سحنون : وهو معنى قول ابن القاسم وغيره ، وقال أشهب : لا ينظر في هذا إلى ما يجب للمقر وإنما ينظر إلى ما يجب للمقر به من جميع المال ، كان بيد المقر وكان قادراً على الإقرار بهما جميعاً ، وسواء كان عالماً بالثاني أو لم يعلم ؛ لأن العمد والخطأ في أموال الناس سواء ، وعلى الأول لا يحتاج إلى قضاء قاض ، وقال أحمد بن نصر الداودي : إنه إن دفع بقضاء لم يضمن .

وَلَوْ تَرَكَ أُمًّا وَأَخًا فَأَقْرَبَ بآخر ، ففِي «المَوْطَأِ» : يَأْخُذُ مِنْهَا النِّصْفَ وَهُوَ السُّدُسُ لِنَفْسِهِ وَعَلَيْهِ الْعَمَلُ ، وَرَوِي : يَقْتَسِمُهُ مَعَ أَخِيهِ .

إنما كان للمقر له السدس ؛ لأنها أقرت بأخوين يحجبانهما إلى السدس ، ولا شيء للمنكر ؛ لأن بيده الثلثين وهو معترف أنه لا يستحق غيرهما .

وقوله : (وَرَوِي : يَقْتَسِمُهُ مَعَ أَخِيهِ) أي : لأنها إنما أقرت بالسدس لهما ، وقيل : يوقف نصيب المنكر من السدس ، فإن صدق الأم أخذه ودفع لأخيه نصف الثلثين .

وقيل : يوقف الأخ على إقرارها ، فإن صدقها أخذت السدس وكان الباقي بينهما ، كان السدس للمقر به ، وإن قال : لا أدري ، كان السدس بينهما .

كتاب الوديعة

الْوَدِيعَةُ : اسْتِنَابَةٌ فِي حِفْظِ الْمَالِ .

أي : الوديعة في عرف الفقهاء المبوب لها عندهم ما ذكر ، وإلا فهي أعم ، كإيداع الأب ولده لمن يحفظه ، والأمة المتواضعة ، غير أن ابن عبد السلام تردد في الأمة المتواضعة لاحتمال أن يقال : إنها استنابة على حفظ المال ، فينطبق عليها الرسم ، أو يقال : ليس المقصود مجرد حفظها وإنما المقصود الرجوع إلى أخبار الأمين عن خروجها من القرء ، فلا ينطبق الرسم عليها ولا يكون جامعاً .

خليل : وعلى ما قررنا به كلام المصنف يدفع هذا ؛ لأن الأمة المتواضعة ليست من المبوب لها في عرف الفقهاء .

فإن قيل : رسم المصنف غير مانع لدخول بعض أنواع الإجارة فيه ؛ أعني : الإجارة على حراسة المال .

فالجواب : ما قاله ابن عبد السلام أن هذا النوع من الإجارة مراد الدخول في هذا الرسم ، ولا ينكر في الفقه وغيره من العلوم أن تكون المسألة مشتملة على وجوه ، لكل واحد منها تعلق بباب ، فيحتاج لذلك إلى ذكرها في أبواب متعددة .

فصل :

وهي مأخوذة من الودع وهو الترك ، أو من الدعة وهي السكون ؛ لأنها ساكنة عند المودع .

وَهِيَ أَمَانَةٌ .

أي : فلا تضمن إلا بتعداً .

وَهِيَ جَائِزَةٌ مِنَ الْجَانِبَيْنِ .

الجواز هنا مقابل اللزوم ؛ لأن لكل واحد من المودع والمودع أن يبطل الوديعة ، فلربها أن يستردها ، ولأخذها أن يردها لربها .

ابن عبد السلام : ولا يشترط اجتماعهما في الرضا بذلك ما لم يعرض عارض ينقل هذا

الحكم إلى اللزوم ، كما في الجارية المتواضعة ، أو يكون الحفظ بأجرة كما أشرنا إليه أنها تعود إجارة وهي لازمة ، وربما يعرض لها اللزوم من وجه آخر ؛ كما إذا كان ربها عاجزاً عن حفظها فيتعين عليه الإيداع لتهيئه ﷺ عن إضاعة المال .

فإن لم يجد من يحفظها له إلا واحداً تعين عليه قبولها وحفظها لوجوب إغاثة الملهوف ، فيكون اللزوم على هذا المعنى بمعنى الفرض ومخالف للذي قبله .

وفي دخول هذا تحت كلام المصنف نظر ؛ لأن الفرائض لا يلزم الاعتناء باستيفائها ، انتهى .

وفي «المقدمات» (١) : لا يَلْزَمُ من استودعَ قبض الوديعة ، وجد المودع من يدعه أم لا ، قال ذلك ابن شعبان .

فأما إن وجد فواضح ، وأما إن لم يوجد غيره فينبغي أن يلزمه القبول قياساً على من دعي إلى أن يشهد - إنه يلزمه ذلك إن لم يكن في البلد من يشهد غيره ، ومن أهل العلم من يرى ذلك لازماً له وجد في البلد من يشهد له أم لا ؛ لقوله تعالى : ﴿ وَلَا يَأْبُ الشُّهَدَاءُ إِذَا مَا دُعُوا ﴾ [البقرة: ٢٨٢] ، ولا يسمى الرجل شاهداً حتى يكون عالماً بالشهادة ، فيجب عليه أداؤها ، انتهى .

فكلام ابن عبد السلام يأتي على قياس ابن رشد لا على ما قاله ابن شعبان .

وَشَرْطُهُمَا كَالْوَكِيلِ وَالْمُوَكَّلِ .

والضمير في : (شَرْطُهُمَا) عائد على المودع والمودع ؛ لأن المودع كالموكل والمودع

كالوكيل .

ومعنى كالوكيل والموكل أن من جاز أن يتصرف لنفسه ولغيره فله أن يودع ويودع ، ويشكل بالعبد المأذون له في التجارة ؛ فإنه يجوز أن يودع كما سيأتي ، ولا يجوز أن يتوكل إلا بإذن سيده كما قدمناه .

وَمَنْ أُوْدِعَ صَبِيًّا أَوْ سَفِيهَاً أَوْ أَفْرَضَهُ أَوْ بَاعَهُ فَأَتْلَفَهَا لَمْ يَضْمَنْ وَلَوْ أَدِنَ لَهُ أَهْلُهُ .

هكذا وقع في بعض النسخ (أَوْ سَفِيهَاً) وهي أولى ، وفي بعضها (صَبِيًّا سَفِيهَاً) بإسقاط

(أَوْ) لأنه يبقى قوله : (سَفِيهَاً) لا حاجة له ؛ إذ لا يكون الصبي إلا سفيهاً .

والضمير في : (أَتَلَفَهَا) عائد على السلعة المبيعة ، ويعلم من ذلك حكم الوديعة والمقرض ، قاله ابن عبد السلام .

خليل : ويحتمل أن يعود على الوديعة ، ويعلم من ذلك حكم المبيع والمقرض ، ويرجح أن الباب معقود للوديعة فكان النص على حكمها أولى .

وقوله : (لَمْ يَضْمَنْ وَلَوْ أَدْنَى لَهُ أَهْلُهُ) فاعل (يَضْمَنْ) عائد على أحدهما لا بعينه - أعني : الصغير والسفيه - وإنما لم يضمننا ؛ لأن صاحب السلعة قد سلط عليها من هو محجور عليه ، ولو ضمن المحجور عليه لبطلت فائدة الحجر .

اللخمي وغيره : إلا أن يصرفا ذلك فيما لا بد لهما منه ، فليرجع عليهما بالأقل مما أتلفا أو صانا به مالهما .

اللخمي : فإن ذهب ذلك المال ثم أفاد لم يتبعهما فيه .

واعلم أن المصنف إنما تكلم على حكم إيداعهما بعد الوقوع لا على ذلك ابتداءً ، نعم قد يؤخذ ذلك مما قدمه ، فإن قوله : (كَالْوَكِيلِ وَالْمُوكَّلِ) يقتضي أنهما لا يودعان .

وفي «المدونة»^(١) أن الصبي إذا قبض الوديعة بإذن أبيه وأتلفها : إنه لا يلزمه شيء ولا ينبغي ذلك لأبيه .

أبو الحسن : ولا ينبغي هنا على بابه ؛ لأنه لا يتحقق أنه يضيعها أو يتلفها ، ولا يتحقق أنه يحفظها ؛ فلذلك كره لأبيه أن يأذن له وكذلك الوديعة .

وقال اللخمي : لا ينبغي أن يودع صبي ولا سفيه ؛ لأن ذلك تعريض لإضاعة المال .

وَتَتَعَلَّقُ بِذِمَّةِ الْعَبْدِ الْمَأْذُونِ لَهُ عَاجِلًا .

يعني : أن العبد الذي أذن له في التجارة إذا تعدى في الوديعة بأحد وجوه التعدي فإنها تتعلق بذمته ، ولا يكون للسيد إسقاطها كسائر الديون .

وأما إن لم يتعد فهي على الأمانة .

ونص المصنف على حكمها ؛ لأنه قد يتوهم أنها تخالف الديون ؛ لأن الديون باشرها إذن السيد في التجارة ، بخلاف الوديعة فإن السيد لم يأذن ، ووجه إلحاقها بالديون أنها من

(١) «المدونة» (١٥٣/١٥) .

عوارض التجارة التي لا بد منها عادة فإنَّ إِذْنَ السَّيِّدِ وَإِنْ لَمْ يَدُلَّ عَلَيْهَا مَطَابَقَةٌ فَقَدْ دَلَّ عَلَيْهَا التَّزَامًا .

أما قوله : (عَاجِلًا) أَي : كَالْحَرِّ ، وَحَكَى أَشْهَبُ أَنَّهَا تَتَعَلَّقُ بِذِمَّتِهِ إِلَّا أَنَّهَا لَا تَتَوَخَّذُ الْآنَ .

وَبِذِمَّةٍ غَيْرِهِ إِذَا عَتَقَ دُونَ رَقَبَتِهِ مَا لَمْ يُسْقِطْهَا السَّيِّدُ ، وَقَالَ أَشْهَبُ : إِنْ كَانَ مِثْلُهُ يُسْتَوَدَعُ فَكَالْمَأْذُونِ لَهُ ، وَقِيلَ : إِنْ اسْتَهْلَكَهَا فَجِنَايَةٌ فِي رَقَبَتِهِ

الأول مذهب «المدونة» ، ووجهه أن السيد يقول : هو عبدي ولم آذن له في التجارة ، فلي أن أسقطها عن ذمته ، وليس بجناية حتى تتعلق برقبته ؛ لأن ربها سلطه عليها .

قوله : (وَقَالَ أَشْهَبُ إِنْ) ظاهره أن كلام أشهب خاص بغير المأذون ، وأن أشهب يوافق على الحكم الذي قدمه في المأذون .

ألا ترى إلى التشبيه الذي ذكره في قول أشهب بقوله : (فَكَالْمَأْذُونِ) .

والذي نقله صاحب «النوادر»^(١) واللخمي وابن يونس أن أشهب قال في كتابه في العبد المحجور عليه يتلف وديعة أو دِعْمَا : إِنْ كَانَ مِثْلُهُ يَسْتَوَدَعُ فَهِيَ فِي ذِمَّتِهِ رَقٌّ أَوْ عَتَقٌ ، وَإِنْ كَانَ وَغَدًا لَا يَسْتَوَدَعُ مِثْلُهُ فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ فِي رَقِّهِ - رَدَ ذَلِكَ عَلَيْهِ سَيِّدُهُ أَوْ لَمْ يَرِدْهُ - حَتَّى يَلِي نَفْسَهُ بِالْعَتَقِ .

ابن يونس : فيتبع .

[أشهب]^(٢) : وَإِذَا اسْتَأْجَرَ عَبْدَهُ الْوَعْدَ فَلَسَيِّدُهُ أَنْ يَبْطُلَ عَنْهُ مَا أَتْلَفَ مِنْ أَمَانَتِهِ ؛ لِأَنَّ مِثْلَهُ لَا يَوَدَعُ .

فيؤخذ من هذا أن موجب تعلق الوديعة بذمة العبد هو كونه غير وغد ؛ أي : يودع مثله ، والإذن عنده وصف طردي .

وأنكر سحنون قول أشهب هذا ، وإنكاره صحيح ؛ لأن كون العبد ممن يستودع مثله لا يوجب على السيد ما لم يلتزمه بأخذ مال عبده في الحال ، ولأن عليه ضرراً في إبقاء الدين في ذمة عبده .

(١) «النوادر والزيادات» (١٠/٤٤٨) .

(٢) سقط من ط .

ولهذا قال أبو عمران : إن باعه السيد قبل أن يعلم بذلك واطلع عليه المشتري - فليس له إبطال ما في ذمته ، لكن له رده ، ثم لسيد الإبطال كما في النكاح .

قوله : (وَقِيلَ : إِنْ اسْتَهْلَكَهَا فَجِنَايَةٌ فِي رَقَبَتِهِ) ابن عبد السلام : هذا القول حكاه يحيى ابن عمر ، وظاهره يقتضي أن العبد إذا باشرها بالإتلاف - سواء كان عن انتفاع كما لو أنفقها ، أو لا كما لو رمى بها في البحر - فإنها تكون جناية في رقبته ، كما لو لم يأذن له السيد ، وإنها إن تلفت عنده بتضييع فإنها لا تكون جناية ، ثم يحتمل بعد ذلك أن تتعلق بدمته ، وهو الأقرب أو لا تتعلق بدمته ، انتهى .

وكلام المصنف يدل على أن هذا القول خاص بغير المأذون .

وفي اللخمي : قال يحيى بن عمر : هي جناية في رقبته إذا كان مأذوناً له .

فرع :

وإذا أتى المحجور عليه إلى رجل فقال له : سيدي أمرني أن أستعير منك كذا فصدقه ودفع إليه ما ذكر وأنكر السيد - فقيل : للسيد طرح ذلك عن ذمة العبد بعد يمينه أنه ما بعته ، وقيل : ليس له ذلك .

ابن يونس : والأول أشبه .

أشهب : وإن أراد أن يودع رجلاً فقال له : ادفعها إلى عبدي ففعل فاستهلكها العبد فهي في ذمته ولا شيء على السيد وإن غره من العبد .

ابن عبد الحكم : ولا تكون في ذمة العبد بإقراره أنه استهلكها حتى تقوم بينة باستهلاكه إياها .

وَيَضْمَنُ بِالْإِيدَاعِ وَالنَّقْلِ وَالخَلْطِ وَالانْتِفَاعِ وَالْمُخَالَفَةَ وَالنَّضِيعَ وَالْجُحُودَ .

لما ذكر أن الوديعة أمانة أخذ يذكر الأسباب التي يكون المودع بها متعدياً ، وهي سبعة كما ذكر ، ثم أخذ يتكلم على الأول [فالأول ، وتكلم أولاً على الإيداع] (١) فقال :

فَإِنْ أَوْدَعَ لِعُدْرٍ كَعُورَةٍ مَنَزَلَهُ أَوْ لِسَفْرِهِ عِنْدَ عَجْزِ الرَّدِّ - لَمْ يَضْمَنْ .

نحوه في «المدونة» (٢) .

(١) سقط من ط .

(٢) «المدونة» (١٦/٣٧٦) .

وَيَضْمَنُ بِالْإِيدَاعِ وَالنَّقْلِ وَالخَلْطِ وَالانْتِفَاعِ وَالْمُخَالَفَةِ وَالتَّضْيِيعِ وَالْجُحُودِ .

لما ذكر أن الوديعه أمانة أخذ يذكر الأسباب التي يكون المودع بها متعدياً ، وهي سبعة كما ذكر ، ثم أخذ يتكلم على الأول [فالأول ، وتكلم أولاً على الإيداع] ^(١) فقال :
فَإِنْ أُوْدِعَ لِعُدْرَةٍ كَعَوْرَةٍ مَنزَلِهِ أَوْ لِسَفَرِهِ عِنْدَ عَجْزِ الرَّدِّ - لَمْ يَضْمَنْ .
نحوه في «المدونة» ^(٢) .

وقيد أشهب عدم الضمان لعورة المنزل بما إذا حدث ذلك أو زاد على ما علمه رب الوديعه ، قال : وإن استودع وديعه وهو في خراب يخاف عليها فأودعها لغيره في أمر منه ؛ فإن كان ربها قد علم بخراب مكانه وخوفه ، ولم يزد خرابه إلى ما هو أخوف فالمودع ضامن .

وإن زاد خراب موضعه وخوفه على ما كان فلا شيء عليه في إيداعه لغيره ، وهو تقييد لقول ابن القاسم .

وقد ذكر صاحب «النكت» ^(١) واللخمي معنى قول أشهب تقييد «المدونة» ولم ينسبها لأشهب .

اللخمي : وإن كان صاحبها غير عالم ضمنها وسواء ضاعت عنده أو عند غيره ، إلا أن يكون ضياعها عنده لم يكن من السبب الذي يخاف منه .

وقوله : (عِنْدَ عَجْزِ الرَّدِّ) يعني : وأما إن كان صاحبها حاضراً فليردها إليه ، وإن لم يفعل ضمن ، وظاهره كظاهر «المدونة» أنه لا فرق في الوديعه بين أن تكون عيناً أو عرضاً .

وقال اللخمي : قد يُحْمَلُ قَوْلُ ابْنِ الْقَاسِمِ : إنه يودعها إذا خاف عورة منزله ، على أن الوديعه كانت ثياباً أو عرضاً ، ولو كانت دنائير أو ما أشبه ذلك مما يكتم في الأرض ولا يخاف ممن يضطره إلى إخراجها - لم يكن له أن يودعها .

أبو الحسن : وهذا لا يسلم ؛ لأن صاحبها لو أراد دفنها لدفنها .

وقال ابن عبد السلام : قد يقال : إن الدفن غير سائغ ، وذلك إذا لم يخبر أحداً بها ؛

(١) «النكت والفروق» (٢/٢٦٤) .

(٢) «النكت والفروق» (٢/٢٦٥) .

يأخذها ويحفظها ؛ لأنه التزم حفظها حتى يأتي صاحبها فلا يسقط عنه العذر الذي سافر فيه ، وإن كان سفره على وجه الانتقال ثم عاد ، كان له أن يأخذها ، وليس ذلك بواجب عليه .

وَلَوْ لَمْ يَشْهَدْ .

يعني : إذا تبين الوجه الذي لأجله أودع ؛ من عورة منزل أو سفر - فلا ضمان عليه وإن لم يشهد على الإيداع ، وهكذا في «المدونة» ، وزاد فيها أنه لا يُصَدَّقُ في أنه خاف عورة موضعه أو أراد سفرأ فأودعها لذلك .

وخرج اللخمي في هذا الوجه خلافاً لما وقع لابن القاسم فيمن اكرت دابة فلما قدم قال : أودعتها ؛ لأنها وقفت على في الطريق - أنه يصدق ، فعلى هذا يصدق في الوديعة أنه أودعها ؛ لخوف موضعه أو لأنه سافر وخفي أمره ، ولم يعلم هل سافر أم لا؟ وهو في الوديعة آيين ؛ لأنه لا يتوهم أحد أن يخرج الوديعة من يده لغير عذر .

قال : ومحمل قول ابن القاسم : أنه يصدق إذا ثبت الخوف أو السفر في الإيداع ، على أن المودع صدقه في قبضها ويقول : إنها ضاعت ، فأما إن كذبه وقال : لم يدفع إلي شيئاً لم يصدق على أصله في كل من أمر أن يدفع إلى غير التي ائتمته - إلا بينة .

وقال عبد الملك : يصدق ، وبه أرى أن يُقضى اليوم ؛ لأن الشأن دفع الودائع بغير بينة ، انتهى .

أبو محمد^(١) : وإذا علم سفره أو عورة منزله ، وأودع الوديعة بغير بينة وأنكرها المودع لا ضمان عليه .

ابن يونس : ينبغي على أصولهم الضمان ؛ لأنه دفع إلى غير من ائتمته ، ولكن لا يضمنونه للعذر .

وَلَوْ سَافَرَ بِهَا مَعَ الْقُدْرَةِ عَلَى إِيدَاعِ أَمِينٍ ضَمِنَ .

تصوره ظاهر .

وَضَمِنَ لِأَنَّهُ عَرَضَهَا لِلضَّيَاعِ ، وَظَاهِرُ كَلَامِهِ سِوَاءِ سَافِرٍ عَلَى وَجْهِ الْإِنْتِقَالِ بِأَهْلِهِ وَوَلَدِهِ أَمْ لَا ، وَقَدْ نَصَّ فِي «الكَافِي»^(٢) عَلَى الضَّمَانِ وَلَوْ كَانَ وَجْهُ الْإِنْتِقَالِ بِالْأَهْلِ وَالْمَالِ .

(١) « النواذر والزيادات » (١٠/٤٢٩) .

(٢) « الكافي » (٢/١٣٥) .

ومفهوم قوله : (مَعَ الْقُدْرَةِ عَلَى إِيدَاعِ آمِنٍ) أنه لم يجد من يودعها عنده ؛ لكونه بقرية وخشي عليها إن تركها أنه لا يضمن إذا خرج بها .

وهكذا نص عليه اللخمي ، وهو ظاهر ، وما ذكره من الضمان نحوه في «المدونة»^(١) ، ففيها : وإن سافر فحمل الوديعة معه ضمن .

وقال فيها : عن مالك في امرأة ماتت بالإسكندرية فكتب وصيها لورثتها وهم بالمدينة فلم يأت منهم خبر ، فخرج بتركها إليهم فهلكت في الطريق فهو ضامن حين خرج بها بغير أمر أربابها .

فقوله : حين خرج بها بغير أمر أربابها ، هو علة الضمان عنده ، وبه يتم لابن القاسم الاستشهاد على قوله : « وإن سافر فحمل الوديعة معه ضمن » وإلا فكان لقائل أن يفرق بأن مسألة مالك خرج فيها المودع من بلده لا لموجب بل لسبب الوديعة وذلك ليس عذراً صحيحاً في سقوط الضمان ، ومسألة ابن القاسم في المسافر لحاجة نفسه واستتبع الوديعة معه ولم يخرج بسبب الوديعة ، فلم يتعد فيها فلا يضمن .

لكن لما كانت علة الضمان عند مالك إنما هي خروجه بالوديعة بغير أمر أربابها وهذا المعنى حاصل في مسألة ابن القاسم صح اشتراكهما في الحكم ، وهذا هو المشهور .

وقال أصبغ : للقاضي أن يبعث المال إلى ورثة المودع من بلد إلى بلد ، هكذا قال ابن عبد السلام ، قال : وهو خلاف لقول ابن القاسم .

زاد اللخمي وابن راشد في قول أصبغ : بخلاف الوصي يبعث بها فتضيع ، فإنه يضمن .

فرع :

قال في «المدونة»^(٢) : وإذا أودعت مسافراً مالاً في سفره فأودعه فضاء ضمن .

اللخمي : قال ابن القاسم وأشهب : إلا أن يضطره لصوص فيسلمها لمن ينجو بها ، ومحمل ذلك أن الذي يسلمها إليه لا يخشى جنايته فيها ، ولو طرحها عندما غشيتها لصوص ثم لا يجدها لم يضمن .

(١) « تهذيب المدونة » (٤٠٢/٣) .

(٢) « تهذيب المدونة » (٤٠٢/٣) .

فَلَوْ رَجَعَتْ سَالِمَةٌ لَمْ يَضْمَنْ .

الأقرب : فلو رجعت بعد أن سافر بها سالمة ، ويحتمل : فلو رجعت بعد أن أودعها لغيره من غير عذر ، ويحتمل : أن يريد هما .

وجوز ابن عبد السلام الاحتمالات الثلاث ، والأظهر الأول ؛ لأنه تفرّيع على ما دل عليه كلامه بالمطابقة ، وهو قوله : (سَافَرَبَهَا مَعَ الْقُدْرَةِ) والثاني تفرّيع على ما دل عليه كلامه بالالتزام ؛ لأن مفهوم قوله : (فَإِنْ أَوْدَعَ لِعُذْرٍ) أنه لو أودع لغير عذر أنه يضمن ولأنه أقرب .

واقصر ابن راشد على الاحتمال الثاني ، والحكم في الجميع سواء وهو عدم الضمان ؛ لأن الموجب للضمان قد زال .

ثم أخذ يتكلم على السبب الثاني وهو النقل [فقال] (١) :

فَلَوْ اسْتُوْدِعَ جِرَارًا وَشَبَّهَهَا فَنَقَلَهَا نَقْلَ مِثْلِهَا فَتَكَسَّرَتْ لَمْ يَضْمَنْ ، وَلَوْ سَقَطَ مِنْ يَدِهِ شَيْءٌ فَكَسَّرَهَا ضَمِنْ ؛ لِأَنَّهَا جِنَايَةٌ خَطَأٌ

احترز بنقل مثلها مما لو نقلها غير نقل مثلها ؛ فإنه يضمنها ، ولو سقط من يده عليها شيء ضمن ؛ لأنها جنائية خطأ ، والخطأ والعمد في أموال الناس سواء ، وهذا كما قالوا فيمن أتى إلى فخار فقال له : قلب شيئاً هل يعجبك؟ فوقع ما في يده على شيء تحته إنه لا ضمان عليه فيما في يده للإذن له في ذلك ، وضمن ما تكسر أسفل ؛ لأنه جنائية خطأ .

وَلَوْ رَفَعَهَا عِنْدَ زَوْجَتِهِ أَوْ خَادِمِهِ الْمُعْتَادَةِ عِنْدَهُ لِذَلِكَ لَمْ يَضْمَنْ ، خِلَافًا لِأَشْهَبَ .

الأحسن في التصنيف ذكر هذا الفرع قبل النقل كما في «الجواهر» (٢) ؛ لأنه من فروع السبب الأول ، وظاهر كلامه أن أشهب مخالف في الزوجة والأمة ، وهو تأويل صاحب «البيان» (٣) وغيره ، وإن كان أشهب لم ينص على حكم الزوجة بالتعيين .

وقوله : (أَوْ خَادِمِهِ) قال في «المدونة» (٤) : وكذلك إن دفعه إلى عبده أو أجييره الذي في

(١) سقط من ط .

(٢) «الجواهر» (٢/٧٢٢) .

(٣) «البيان والتحصيل» (١٥/٢٨٨) .

(٤) «المدونة» (١٥/١٤٤) .

عياله ، ويصدق أنه دفعه إلى أهله وإن لم تقم بيته ، وضمنه فضل في الأجير والعبد دون المرأة والخدام .

عياض : وهو ضعيف ولا فرق بين المرأة والخدام والأجير .

وقوله : (المُعْتَادَةُ عِنْدَهُ) احترز به مما لو لم تكن عادته ذلك فإنه يضمن .

عبد الحق^(١) وغيره : كما لو كان بفور ما تزوج الحرة واشترى الأمة ؛ لأنه لا يثق بهما .

وعلى هذا فلو قال المصنف : (المعتادتين) لكان أحسن .

وأعلم أن مالكا أطلق نفي الضمان وقيده ابن القاسم بأن تكون العادة إيداعها ، وحمل بعضهم ذلك على الخلاف ، وأكثرهم حمل قوله على التفسير لقول مالك ، وهو ظاهر الكتاب .

وكذلك اختلف في قول أشهب هل هو خلاف لقول ابن القاسم وروايته عن مالك أم

لا ؟

قال في «البيان»^(٢) : وقيل : إن قول أشهب ليس بخلاف ، وأن المعنى في ذلك أن يضمن إذا عرف الناس أنهم لا يدفعون أموالهم إلى أهاليهم ، فكل منهم تكلم على غير الوجه الذي تكلم عليه صاحبه ؛ لأن قولهما مختلف .

فعلى هذا لا يختلف إذا علم عرف الناس في البلد ، وإنما يختلف إذا جهل العرف ؛ فأشهب يضمنه حتى يقيم البيعة أن العرف في البلد أن الناس يأتمنون أهلهم على أموالهم ويدفعونها لهم ، وابن القاسم لا يضمنه حتى يقيم صاحب الوديعة البيعة أن العرف والعادة في البلد أن الناس لا يرفعون أموالهم عند أهلهم ولا يأتمنونهم عليها ، والأظهر أنه اختلاف من القول ، فيتحصل على هذا في المسألة ثلاثة أقوال ، يفرق في الثالث بين أن تكون العادة الدفع فلا يضمن أو عدم الدفع فيضمن ، انتهى بمعناه .

قال في «النكت»^(٣) : ويحلف أنه دفع إلى زوجته إذا أنكرت إن كان متهما ، وإلا فلا يمين عليه ، وإن وجبت يمينه لكونه متهماً فنكل غرم ، وله أن يحلف زوجته .

(١) «النكت والفروق» (٢/٢٦٤) .

(٢) «البيان والتحصيل» (١٥/٢٨٨) .

(٣) «النكت والفروق» (٢/٢٦٤) .

وإن نكل وهو معسر كان لرب الوديعة يمينها ، كانت متهمة أم لا ؛ لأنها تقوم مقام الزوج في مطالبتها باليمين ، كما يتبع الإنسان غريم غريمه ، وقاله بعض شيوخنا من بلدنا .

وقال ابن يونس : الذي يظهر لي توجه اليمين إذا أنكرت الزوجة كان متهماً أم لا ؛ لأن هنا من يدعي تكذيبه فكان كمدعي رد الوديعة .

ابن عبد السلام : إن أراد ابن يونس أن التهمة مع تكذيب الزوجة أقوى مما إذا لم يكن هناك من يكذبه فقريب ، وإن أراد أنها محققة كمدعي الرد فقد يقال : إن المكذب للمودع في مسألة دعواه على الزوجة هو غير رب الوديعة ، وربها لا يحقق عليه الدعوى فلم تخرج عن أن تكون يمين تهمة ، بخلاف مدعي رد الوديعة ؛ فإن صاحبها يدعي تكذيبه بدعوى محققة ، والله أعلم .

وَمَتَّى مَاتَ وَلَمْ يُوصِ بِهَا وَلَمْ تُوجَدْ ضَمِنَ ، قَالَ مَالِكٌ رَحِمَهُ اللَّهُ : مَا لَمْ تَقْدَمْ كَعَشْرِ سِنِينَ

يعني : إذا مات من عنده الوديعة ولم يوص بها ولا وجدت في تركته ، فحمله مالك على تسلفها ، فأوجب أخذها من تركته إلا أن يتقادم الأمر ، كعشر سنين ، فيحمل الأمر على أنه ردها .

مالك في «العتبية»^(١) : والسنة يسير .

قال في «البيان»^(٢) : قيل : وهو خلاف لما في كتاب الشركة من «المدونة» في الشريكين يموت أحدهما فيقيم شريكه البينة أنه كانت عنده مائة من الشركة ، فلم توجد ولا أعلم لها مسقطاً ، أنها تكون في ماله إلا أن تطول المدة ، أرايت لو كان ذلك قبل السنة لكان يؤخذ من ماله .

وقيل : ليست بخلاف لها ، وهو الصحيح ، والفرق بينهما أن للشريك التصرف في المال ، وليس للذي يودع أن يتصرف فيما أودع .

وفي اللخمي : ومن كانت عنده وديعة فذكر عند موته أنها في موضع كذا فلم توجد

(١) «البيان والتحصيل» (٢٨٩/١٥) .

(٢) «البيان والتحصيل» (٢٩٠/١٥) .

فمصيبتها من صاحبها ؛ إذ يقول الميت : لم أتسلفها ، واختلف إذا لم يذكر شيئاً حتى مات هل تكون في ذمته ؟ واختار هذا التفرقة ، فإن كانت عيناً فَحَمَلَهَا بعد موت المودع على السلف ، وفي العرض على السلف ، وفي المكيل والموزون في الحاضرة على التلف ، وفي البادية على السلف .

ولابن القاسم في «العتبية»^(١) : إذا ترك ودائع ولم يوص فتوجد صرر مكتوب عليها لفلان وفيها كذا ، ولا بينة على إيداعه فلا شيء له إلا بينة أو بإقرار الميت ، ولعله مانع أهل الميت .

وقال عنه عيسى فيمن بيده ودائع وهو يعلم أنه ينفق منها ، فيوصي بودائع ، فيوجد في تابوته كيس فيه دنائير مكتوب أنها لفلان وعددها كذا ، فيوجد أقل : فإن ثبت خطه بينة كان ما نقص في ماله ، وإلا حلف الورثة أنهم لا يعلمون من ذلك شيئاً .

أصبغ : وكذلك لو وجد خط يد صاحب المال على الكيس مع وجوده في حوز المستودع حيث أمن - فإنه يقضى له به .

أصبغ : وهذا على قول من يقول يقضى له بالخط .

ولابن دحون أنه لا يقضى له بها ؛ لاحتمال أن يكون بعض الورثة أخرجها له ، ويكتب عليها اسم المذكور ويأخذ على ذلك جعلاً ، ولا خلاف أنه لا يقضى له بها إذا وجد عليها اسمه ولا يدري من كتبه .

وَفِيهَا : وَإِنْ بَعَثَ بَضَاعَةً إِلَى رَجُلٍ بَيَّلَدَ فَمَاتَ الرَّسُولُ بَعْدَ وُصُولِهِ ، وَقَالَ الْمُرْسَلُ إِلَيْهِ : لَمْ يُوَصِّلَهَا فَلَا شَيْءَ فِي تَرَكَّتِهِ ، وَإِنْ مَاتَ قَبْلُ فَفِي تَرَكَّتِهِ ، وَقَالَ سَحْنُونُ : رِوَايَةٌ سَوَاءٌ ، وَعَكْسٌ مُحَمَّدٌ فِيهِمَا ، وَقَالَ أَشْهَبُ : فِي تَرَكَّتِهِ فِيهِمَا

لفظ «التهذيب»^(٢) : وإن بعثت بمال إلى رجل .

وهو أحسن من كلام المصنف ؛ لشمول المال البضاعة وغيرها ، لكن في «اختصار ابن يونس» : بمال بضاعة .

وحاصل مذهب «المدونة» التفرقة ، فإن مات الرسول بعد وصوله وزعم المرسل إليه أنه

(١) «البيان والتحصيل» (٣١٢/١٥) .

(٢) «تهذيب المدونة» (٤٠٣/٣) .

للم يوصل إليه شيئاً فلا شيء له في تركته أي : تركه الرسول ، قال في «المدونة»^(١) :
ولك اليمين على من يحوز أمره من ورثته ، أنه لا يعلم لذلك شيئاً وإن^(٢) مات قبل
وصوله بذلك - فذلك في تركته .

للخمي وابن يونس : ووجهه أنه مات في الطريق ولم توجد فحُمِلَ على أنه تعدى
عليها ، وإن مات بعد وصوله حمل على أنه دفعها ، ولو كان خفاً لأخبر بمن يشهد له .
(وَعَكْسٌ مُحَمَّدٌ فِيهِمَا) أي : في الصورتين بعد الوصول وقبله .

للخمي وابن يونس : ووجهه أنه محمول قبل الوصول على الضياع لا على التعدي ؛
لأن الأصل في الوديعة الأمانة ، وأما بعده ؛ فلأن عليه الإشهاد ، ولا يخفى ذلك على
ورثته إذا بحثوا عنه .

(وَقَالَ أَشْهَبٌ : فِي تَرْكَةِ فِيهِمَا) أي : في الصورتين .

ولا يخفى عليك إنكار سحنون ، ولكن لا يؤخذ منه أنه اختار قول أشهب كما نقله
غيره .

ابن يونس : وأخذ محمد بقول أشهب ، وعلى هذا ففي قوله : (وَقَالَ مُحَمَّدٌ) نظر ؛
لأنه يوهم أنه اختاره ، وليس كذلك ، بل اختار قول أشهب ، وإنما ذلك في [كتابه]^(٣) .
عياض بعد ذكر مذهب الكتاب : وخالف أشهب في هذا وقال : هو ضامن .

وحمله أكثرهم على الخلاف ، وتأوله حمديس قوله في الكتاب : فيما تطاول ، وأن
الذي يجيء على أصله في العرف أنه يضمن .

ابن عبد السلام : وقد يخرج في هذه المسألة من التي قبلها قول بنفي الضمان مطلقاً .

أَمَّا لَوْ لَمْ يَمُتْ وَأَكْذَبَهُ لَمْ يُصَدَّقْ إِلَّا بَبَيِّنَةٍ ، وَلَوْ صَدَقَهُ الْمُرْسَلُ .

لأنه لما دفع إلى غير اليد التي ائتمنته كان عليه الإشهاد ، فلما تركه صار مفراطاً ،
فلذلك ضمن ولو صدقه المرسل إليه .

(١) « تهذيب المدونة » (٤٠٣/٣) .

(٢) سقط من ط .

(٣) في ط : كتاب .

وعلى قول ابن الماجشون في هذا الأصل لا يضمن إلا أن يقول: اقض عني فلاناً ،
هكذا نقل ابن راشد ، وهذا كله إنما هو في الوكيل المخصوص ، وأما المفوض فلا .

قال في «المدونة»^(١) : وإن بعث من رجل عبداً أو بعثت معه عبدك أو أجيرك ليقبض
الثلث فقال: قبضته وضاع مني ، فإن لم يقيم المشتري بينة بالدفع إلى رسولك ضمن ،
بخلاف من دفعته إليه مالا ليدفعه إلى رجل ، فقال : دفعته إليه بغير بينة ، وصدقه
الرجل ، هذا لا يضمن .

ثم تكلم على الخلط فقال :

وَلَوْ خَلَطَ قَمْحًا بِقَمْحٍ أَوْ دَرَاهِمَ بِدَرَاهِمٍ لَمْ يَضْمَنْ .

فهم من كلامه أنه يضمن في غير هاتين الصورتين ، وهذا المفهوم يقرب من الصريح ؛
لأنه لما ذكر أولاً أن الخلط من أسباب التعدي صار الضمان بالخلط هو الأصل ، ثم أخرج
هاتين الصورتين :

الأولى : أن يخلط مثليا بمثله جنساً وصفة ويتعذر التمييز ، وهذا هو المشهور ، وضمنه
عبد الملك في «ثمانية أبي زيد» ، وهو ظاهر ؛ لأن القمح ونحوه يراد بعينه ، بدليل
انتقاض البيع باستحقاقه .

خليل : وينبغي أن يقيد المشهور بما إذا استوت مكاسبها أو تقاربت ، أما إذا اختلفت
صفة القمح فإنه يضمن اتفاقاً ، ثم المشهور مقيد في «المدونة» بما إذا كان الخلط على وجه
الإحراز .

عياض : وإنما لا يضمن إذا كان هذا وشبهه من النظر ، كما إذا كان الخلط أرفق وأحرز
ونحو ذلك ، انتهى .

الصورة الثانية : أن يخلط جنساً بغير جنسه ويمكن التمييز بلا كلفة ، كدنانير مع
دراهم ، أو كقطن مع كتان ، أو دراهم مع دراهم مختلفتين ، فقال ابن الماجشون في
«المبسوط» : إن كانت الأولى كثيرة فخلطها بدراهم قليلة لم يضمن ، وإن خلطها بمال
عظيم حتى أشهرها ضمن .

اللخمي : وهذا يحسن إذا كانت في موضع لا يضمن ذلك منه ، وأما إن كانت في

(١) «تهذيب المدونة» (٣/٤٠٥) .

تابوت أو صندوق فلا ضمان ؛ لأن السارق يقصد التماس الدنانير والدرهم من مثل ذلك .
وما قاله اللخمي يؤخذ من قول عبد الملك حتى أشهرها بذلك .

ثم تكلم على الانتفاع فقال :

وَلَوْ لَبَسَ الثَّوْبَ أَوْ رَكِبَ الدَّابَّةَ فَهَلَكْتَ فِي ذَلِكَ ضَمِنَ ، فَإِنْ رَدَّهَا عَلَيَّ حَالَهَا فَهَلَكْتَ
بِرِيٍّ ، وَثَالُثُهَا : إِنْ كَانَ بِإِشْهَادٍ

(فَهَلَكْتَ فِي ذَلِكَ ضَمِنَ) أي : في خلال الانتفاع (ضمن) أي : لتعديه .

وقوله : (فَإِنْ رَدَّهَا عَلَيَّ حَالَهَا... إلخ) أي : قول بأنه لا يضمن بدعواه أنه ردها ولو لم يشهد ، وعمله ابن رشد بأنه إنما يعلم من قبله .

وقول بأنه لا يبرأ إلا أن يردها إلى صاحبها سواء ادعى أنه ردها سالمة بعد انتفاعه أو قامت له بذلك البينة .

وهذا القول حكاه ابن سحنون عن بعض الأصحاب .

والقول الثالث : إن ردها بعد الانتفاع بإشهاد برئ ، وإن لم يكن إلا دعواه لم يبرأ ، وهو قول سحنون ؛ لأنه قال : إن أقر أنه لبس ثوباً ودبعة ، أو ركب دابة وقال : هلكت بعد ما نزلت عنها - فهو ضامن ؛ قال : لأنه لما ركبها ضمنها بالتعدي .

ولو أقام البينة أنه نزل عنها سالمة ثم تلفت برئ من ضمانها ، وأجرى ابن يونس هذا الخلاف على الخلاف في رده لما تسلف من الودیعة .

ولمحمد قول رابع : إن أقر المودع بالانتفاع ولم يعلم ذلك إلا من قوله وادعى أنها إنما هلكت بعد أن ردها سالمة - فالقول قوله مع يمينه ، وإن قامت بذلك بينة فلا يصدق أنه ردها إلى موضعها إلا ببينة ، قال : وهو قول أصحابنا .

ابن يونس : وهذه الأقوال هنا جارية على اختلاف قول مالك في رده لما تسلف من الودیعة ولو قال : ركبها بإذن ربها وأنكر ربها - فالقول قوله مع يمينه ، قاله سحنون .

وَمُسْتَلَفُ الْوَدِيعَةِ إِنْ كَانَ مُعْدِمًا لَمْ يَجْزِ اتِّفَاقًا ، وَإِنْ كَانَ لَهُ وِفَاءٌ وَهِيَ نَقْدٌ فَجَائِزٌ إِنْ
أَشْهَدَ ، وَقِيلَ : مَكْرُوهٌ ، فَإِنْ كَانَتْ عَرْضًا لَمْ يَجْزِ اتِّفَاقًا ، وَإِنْ كَانَتْ مِمَّا يُكَالُ أَوْ يُوزَنُ
فَقِيلَ : كَالنَّقْدِ ، وَقِيلَ : كَالعَرْضِ .

أي : لم يجز السلف للمعدم بها ؛ لضرره بها بعدم الوفاء .

ابن عبد السلام : وفي معناه من كانت الودیعة قدر جملة ماله أو تزيد بیسیر ؛ لأن استخلاص الودیعة من هذا بعد إنفاقها عسیر ، وإن كان ملياً ؛ فإما أن تكون الودیعة عيناً أو عرضاً ، مقوماً أو مثلياً ، فذكر في النقد قولین .

وحكى اللخمي أربعة أقوال ؛ منع ذلك في كتاب اللقطة ، وكرهه في «العتیة»^(١) ، ثم أجازها إذا أشهد على تسلفها ، وقال عبد الملك : إن كانت مربوطة أو مختومة لم یجز ، وإن كانت بغير رباط ولا ختم جاز .

والكراهة نص عليها في «المدونة» في كتاب الودیعة .

والأصل المنع ؛ لأنه تصرف في ملك الغير ، وهو غير جائز إلا بعد العلم بطيب نفس مالكة ، وهو غير محقق .

وإن كان الشيء المودع عرضاً لم یجز تسلفه اتفاقاً ؛ إذ لو جاز ذلك لكان مشترياً له بغير إذن مالكة .

قوله : (وإن كانت مما يكال أو يؤزن... إلخ) یحتمل أن یرید بقوله : (كالتقْد) أي : فيأتي القولان بالجواز والكراهة ، وبقوله : (كالعرض) أي : فلا یجوز ، وعلى هذا يكون اختلاف طريقة ، ولكن هذا یعز وجوده وإنما یرید (كالتقْد) فيجوز ، و (كالعرض) فلا یجوز ، على أن الجواز ليس بمنصوص ، وإنما خرجة اللخمي ، ويتبين ذلك من كلامه قال : وأما القمح والشعير والزيت وشبهه فظاهر قول ابن القاسم في «المدونة» أنه إن تسلفها مضت على وجه السلف ؛ لأنه أجاز إذا تسلفها أن یخرج المثل من ذمته كالدرهم ، فلو كانت مما تختلف فيه الأغراض كالعروض - لم یصح إخراج المثل ولم یجز السلف .

وعلى قول ابن عبد الحكم : إنه یضمن بالخلط بالمثل لا یجوز تسلفها .

وقال محمد : فیمن استودع حنطة فباعها لنفسه كان لصاحبها أن يأخذ الثمن إن شاء فلم یجز السلف ، وهو أحسن ، انتهى .

وقد یقال : إنه لا یؤخذ من «المدونة» الجواز ولا الكراهة ؛ لأنه إنما قال : إذا تسلفها ثم ردها عادت إلى حكم الودیعة ، ولا یلزم من عودها إلى حكم الودیعة جواز الإقدام على تسلفها ولا الكراهة ؛ لاحتمال أن یقال هو ممنوع ابتداء ؛ لأنه تصرف في ملك الغير ،

(١) «البيان والتحصيل» (١٥/٢٩٢) .

والغالب كراهته لذلك ، وإنما رجعت بالرد إلى الوديعة ؛ لأن ربهما إنما يكره التصرف ابتداءً لا الرد ، هكذا أشار ابن عبد السلام .

وَإِذَا تَسَلَّفَ مَا لَا يَحْرُمُ تَسَلُّفَهُ ثُمَّ رَدَّ مِثْلَهَا مَكَانَهَا فَتَلَفَ الْمِثْلُ بَرِيٌّ عَلَى الْمَشْهُورِ ،
وَتَالِثُهَا : إِنْ كَانَ يَأْشْنُهَا ، وَرَابِعُهَا : إِنْ كَانَتْ مَشْهُورَةً بَرِيٌّ

وفي بعض النسخ : (إِنْ كَانَتْ مَشْهُورَةً) بالثاء قبل الواو ، وهذا الرابع لابن الماجشون ، والثلاثة لمالك ، والمشهور مذهب مالك وابن القاسم في «المدونة» وبه قال أشهب وأصيب وابن عبد الحكم ، وبمقابله قال المدنيون .

وفي «الموازية» : إنه يشترط ردها بالبينة إذا تسلفها وإلا فلا يحتاج في ردها إليها ، وهو قول خامس .

ويدخل في قوله : (مَا لَا يَحْرُمُ تَسَلُّفَهُ) النقد والمثلي على القولين .

وعبر اللخمي عن هذه المسألة بما إذا أخرج الدراهم والدنانير من ذمته إلى أمانته وعلى المشهور فلا يُصَدَّقُ إلا بيمين ، قال أشهب : وكذلك في «الموازية» .

وخرج من قوله : (مَا لَا يَحْرُمُ تَسَلُّفَهُ) المعدم للنقد ، وفيه نظر ؛ لاحتمال أن يقال بالضمان لتعديه أولاً وبعدمه ؛ لأننا إنما منعه لأجل عدم إمكان الرد ، فإذا رد فقد أُمنِتِ العلة .

ابن شعبان : وإذا قال صاحبها للمودع : تسلف منها إن شئت ، فتسلف منها ، وقال : رددتها فهذا لا يبرئ رده إياها إلا إلى ربهما .

اللخمي وصاحب «البيان» (١) : وهذا لا يختلف فيه ؛ لأن السلف من المالك فصارت كسائر الديون ، ثم تكلم على المخالفة فقال :

وَإِنْ قَالَ : لَا تُقْفَلِ الصُّنْدُوقَ فَأَقْفَلَهُ ضَمِنَ .

هذا الفرع لابن عبد الحكم ووجهه أن السارق يطمع في المفقول أكثر من غيره ، ومال اللخمي إلى عدم الضمان ؛ لأن السارق يطمع في الصندوق كان عليه قفل أم لا ، فلم يكن لزيادة الطمع وجه ، كما إذا قال له اقفل بقفل فأقفل باثنين .

(١) «البيان والتحصيل» (١٥/٢٩٢) .

ابن عبد الحكم : وإن قال : أ جعلها في التابوت ولم يزد لم يضمن بالقفل ؛ لأن القفل في التابوت مأذون فيه بالعادة حتى يصرح بالنهاي عنه .

وكذلك قال ابن عبد الحكم إذا قال : اجعلها في قدر فخار فجعلها في سطل نحاس ؛ لأن السارق عينه للنحاس أكثر ، ولهذا صرح بنفي الضمان في العكس .

وَأَقْفَلْ وَاحِدًا فَأَقْفَلْ أَثْنَيْنِ فَقَوْلَانِ .

القول بنفي الضمان لابن عبد الحكم ، وهو الذي اقتصر عليه في «الجواهر» ، وزاد : إلا أن يكون في حالة إغراء اللص فيضمن ، والقول بالضمان مآل إليه ابن يونس ، ولا أعلمه منصوصا .

ثم أخذ يتكلم على التضييع فقال :

وَفِي كُمَّكَ فَتَرَكَهَا فِي يَدِهِ لَمْ يَضْمَنْ .

لأن اليد أحفظ .

اللخمي : وكذلك لو تركها في وسطه .

قال في «الجواهر»^(١) : إلا أن يكون أراد بجعلها في الكم إخفاءها عن غاصب فيضمن

من يجعلها في يده .

وَفِي جَيْبِهِ قَوْلَانِ .

هما خلاف في شهادة هل هذا أحفظ أو هذا ؟ والأقرب نفي الضمان ؛ لأن الجيب

أحفظ لا سيما جيب أهل المغرب ، وهو اختيار اللخمي .

وأما الجيب الذي يقال له عندنا (المكتوم) فالكم أحفظ منه .

وَلَوْ سَعَى بِهَا إِلَى مُصَادِرِ ضَمْنَهَا .

يعني : لو مشى بها إلى ظالم فإنه ضامن ، ف(مُصَادِرِ) على هذا اسم فاعل ،

و(ضَمْنِ) لتضييعها .

ويصح أن تفتح الدال من (مُصَادِرِ) ويكون اسم مفعول ، والمعنى راجع إلى الأول ؛

لأنه إنما يأخذها الظالم كإمام جائر .

(١) «الجواهر» (٢/٧٢٥) .

وَلَوْ نَسِيَهَا فِي مَوْضِعٍ إِيدَاعِهَا ضَمِنَ ، بِخِلَافٍ إِذَا نَسِيَهَا فِي كَمِّهِ فَتَقَعُ ، وَقِيلَ : سَوَاءٌ .

إذا نسيها في موضع إيداعها فقال مطرف وابن الماجشون وابن حبيب : عليه الضمان ، بخلاف إذا نسيها في كمة فلا ضمان .

وقوله : (وَقِيلَ : سَوَاءٌ) يحتمل في نفي الضمان ، ولم أر ذلك في الأولى منصوصاً ، نعم خرج جماعه من الثانية .

وخرجه اللخمي وابن رشد^(١) من المودع مائة دينار فيدعيها رجلان ونسي أيهما أودعه ، ومن اشترى ثوبين بالخيار من رجلين فاختلفا ولم يدر لمن الجيد منهما - فقد اختلف هل يضمن لهما أو لا يكون عليه ضمان شيء ؟

اللخمي : والعدر بالنسيان آيين ، لأنه لا يعد بالنسيان مفرداً ويحتمل أن يريد بقوله : (سواء) أي : في الضمان لكن لم أر من قال في الثانية بالضمان ، والله أعلم .

أما إن أراد أن يأخذ ماله فأخطأ فأخذ الوديعة فسقطت منه فهو ضامن وليس كنسيانها في كمة ؛ لأن هذا جناية بفعل غايته أنه خطأ ، والخطأ والعمد في أموال الناس سواء .

ابن وهب : وإن دفعت إليه في المسجد فجعلها في نعله فذهبت لم يضمن .

اللخمي : يريد : إذا جعلها هناك بحضرته أو بعد أن غاب وكانت الوديعة ثياباً أو دراهم كثيرة أو كان الشأن ألا يجعل في كمة إلا عند القيام ، وإن كانت صرة دنانير ضمن ؛ لأنه فرط .

سحنون : ويضمن من أودع وديعة فصرها في كمة مع نفقته ثم دخل الحمام فضاعت ثيابه بما فيها .

ابن يونس : قال بعض الفقهاء : لعله إنما ضَمَّنَهُ لدخوله بها الحمام .

وَمَنْ أَنْزَى عَلَى بَقْرٍ وَشَبَّهَهَا فَعَطَبَتْ بِهِ أَوْ مَتْنًا بِالْوِلَادَةِ ضَمِنَهَا .

هذه المسألة لا تناسب ما نحن فيه وكان الأولى لو قال عوض الانتفاع التعدي وأدرج هذا الفرع فيه ، وشبه البقر كسائر الدواب والحيوان .

(فَعَطَبَتْ بِهِ) أي : بالإنزاء .

(أَوْ مُتْنًا بِالْوِلَادَةِ ضَمِنَهَا) أي : سواء مُتْنًا بالولادة أو بالإنزاء ، وهذا مذهب ابن القاسم في «المدونة» .

ونقل اللخمي عن مالك نفي الضمان إن ماتت بالولادة ، وظاهره أن مالكا صرح بذلك ، قال : وقول ابن القاسم أصوب .

وكقول مالك هنا في نفي الضمان قوله : لا ضمان على المرتهن إذا زوج أمة الرهن وماتت من الولادة ، وصوب بعضهم قول مالك ، وهو المعروف من قوله : كما لو غصب حرة فزنى بها وهو غير محصن فحملت فماتت - إنه لا يقتل بها ؛ لأنها ماتت بسبب آخر لا بنفس العداء ، أو كمن غر بأمة فتزوجها على أنها حرة فماتت لم يضمن قيمة ولدها للآب إذا غرم الآب قيمته .

وأسقط أشهب الضمان إذا ماتت بالإنزاء ، بل رأى أن له ذلك ابتداءً ، فإنه قال : لا شيء عليه في الإنزاء إن نقص ذلك الولادة ؛ لأن الولادة في الجوازي ليست من فعله ، إنما زَوَّجَهُنَّ وكان الحمل من غيره .

ولو سألتني في البهائم هل ينزي عليها قبل أن ينزيها ؟ لرأيت ألا يدعها من الإنزاء ؛ لأن ذلك مصلحة ، ولم أضمنه في الجوازي ما نقصهن النكاح ؛ لأن ذلك النكاح لا يثبت وإن رضي به سادتهن ، ولو كانوا ذكورا لم يضمن شيئا ؛ لأن للسيد أن يجيزه فلا يضمنه ، وقد أجاز فعله ، وإن فسخه رجع العبد إلى حاله من غير نقص .

فرع :

ابن يونس : واختلف في إنزاء الراعي ؛ فقال ابن القاسم : لا ضمان عليه ؛ لأنه كالمأذون له ، وضمنه غيره ، وعكس ابن عبد السلام نسبة القولين في هذا الفرع ، والله أعلم .

ثم تكلم على الجحد فقال :

وَإِذَا جَحَدَ أَصْلَهَا فَأُقِيمَتِ الْبَيِّنَةُ لَمْ يُقْبَلِ الرَّدُّ وَلَوْ بَيِّنَةٌ عَلَى الْمَشْهُورِ ؛ لِأَنَّهُ كَذَّبَهَا .

يعني : إذا طلب منه الوديعه فأنكر أن يكون قد أودعه شيئا ، وهذا معنى قوله : (إِذَا جَحَدَ أَصْلَهَا) فأقام المودع البينة على الإيداع فادعى بعد ذلك أنه ردها لم يقبل قوله : إنه

ردها ، واختلف إذا أقام بينة على الرد ، المشهور عدم قبولها ؛ لأن قوله الأول مكذب لها، إذ قوله : لم يودعني شيئاً متضمن لعدم الرد ، فإنَّ الردَّ فرَعُ الإيداع .

اللخمي : وقيل : تقبل بيته ، وهو أحسن ؛ لأن من حجته أن يقول : إنما أنكرت لغية بيتي أو للاحتياج إلى تزكيتها ونحو ذلك .

ابن عبد السلام : وقوله : (عَلَى الْمَشْهُورِ) راجع إلى الصورة الثانية لعدم وجود الخلاف في الأولى ، على أنه لا يبعد وجود الخلاف منصوصاً عليه في الأولى ، فأصول المذهب تدل عليه .

خليل : وقد حكى صاحب «البيان»^(١) في باب الصلح وابن زرقون في باب القراض فيمن أنكر أمانة وادعى ضياعها أو ردها لما قامت عليه البينة - ثلاثة أقوال :

الأول لمالك من سماع ابن القاسم : يقبل قوله فيهما .

الثاني لمالك أيضاً : لا يقبل فيهما قوله .

الثالث لابن القاسم : يقبل قوله في الضياع ، وعلى هذا فالخلاف منصوص فيهما ، ويمكن إعادة قوله : (عَلَى الْمَشْهُورِ) على المسألتين .

ابن زرقون : وأما إن أقام بينة على ضياع القراض أو رده فالمشهور أنه تنفعه البينة بعد إنكاره ، وحكى اللخمي عن محمد أنه لا ينتفع بها .

خليل : فانظر ما شهره المصنف مع ما شهره ابن زرقون فإن ذلك متعارض .

ابن زرقون : وأما إن أنكر شيئاً في الذمة أو أنكر الدعوى في الربع أو فيما يفضي إلى الحدود ثم رجع عن إنكاره لأمر ادعاه وأقام عليه بينة ففيها أربعة أقوال :

الأول لابن نافع : يقبل منه في جميع الأشياء .

الثاني لغير ابن القاسم في كتاب اللعان من «المدونة» : لا يقبل ما أتى به في جميع الأشياء .

الثالث لابن المواز : يقبل في الحدود دون غيرها .

الرابع : يقبل منه في الحدود والأصول ، ولا يقبل منه ذلك في الحقوق من الديون وشبهها من المنقولات ، وهو قول ابن القاسم في «المدونة» .

(١) «البيان والتحصيل» (١٤/١٧٨) .

وَإِنْ طَلَبَهَا فَاعْتَذَرَ فَتَشَاحًا فَحَلَفَ لَا يُعْطِيهَا اللَّيْلَةَ ثُمَّ قَالَ فِي الْغَدِ : تَلَفْتُ قَبْلَ أَنْ يَلْقَانِي أَوْ بَعْدَهُ ضَمِنَ ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ أَخْرَهَا لِعُذْرٍ .

قوله : (إِلَّا أَنْ يَكُونَ أَخْرَهَا لِعُذْرٍ) راجع إلى قوله : (تَلَفْتُ... بَعْدَهُ) وأما قبله فيضمن ؛ لأن قوله : لا أعطيها الليلة إقرار منه ببقائها ، قال في «البيان»^(١) : ولا خلاف في هذا .

وأصل هذه المسألة لابن القاسم في «العنبيه» فإنه قال : إذا أتى رب الودیعة للمودع فقال : إني مشغول أو راكب إلى موضع كذا ؛ فأظنني إلى غد فأبى ، فتصايحا حتى حلف ألا يعطيه الليلة ، فلما أتاه من الغد قال : إنما تلفت قبل أن تلقاني - ضَمِنَ ؛ لأنه قد أقر بها .

وإن قال : لا أدري متى ذهبت ، وإنما عهدي بها منذ كذا أو كذا حلف وكان القول قوله .

أصيح : يحلف ما علم بذهابها حين منعه ولقد كان علمه أنها ثم .

ابن القاسم : وإن قال : تلفت من بعد ما فارقتك ضمن ؛ لتعديه بالتأخير ، إلا أن يكون على أمر لا يستطيع الرجوع فيه أو يكون في رجوعه عليه ضرر فلا يكون عليه حيثنذ الضمان .

أصيح : ليس هذا تعديا ، وليس عليه ضمان - كان عليه شغل أو لم يكن - إلا أن يكون في يده أو يكون عند بابه وليس فيه فتح ولا غلق ، ولا أمر يتم إلا برجوعه ونظره ، فإن جاء مثل هذا ضمن وإلا لم يضمن .

قال في «البيان»^(٢) : وظاهر قول ابن القاسم أنه محمول على التعدي حتى يثبت العذر ، وظاهر قول أصيح أنه محمول على العذر حتى يثبت التعدي ، ولا خلاف في هذه المسألة إلا في هذا الوجه [وحده]^(٣) .

وقد وقع في «النوادر»^(٤) لمحمد بن عبد الحكم أنه لا ضمان عليه تلفت قبل أو بعد .

(١) «البيان والتحصيل» (٣٠٦/١٥) .

(٢) «البيان والتحصيل» (٣٠٦/١٥) .

(٣) سقط من ط .

(٤) «النوادر والزيادات» (٤٣٩/١٠) .

وليس ذلك خلافاً لما تقدم ؛ لأن معني «قبل» : إذا لم يعلم بذلك إلا بعد ، ومعنى قوله : (أَوْ بَعْدَهُ) إذا كان له في منعه عذر .

فَإِنْ قَالَ : لَا أُدْرِي مَتَى تَلَفْتُ لَمْ يَضْمَنْ .

قد تقدم هذا من كلام ابن القاسم في المسألة السابقة ، ووجهه الحمل على أنها تلفت قبله ولم يعلم بذلك ؛ إذ الأصل في الوديعة عدم ضمانها .

وَلَوْ طَلَبَهَا فَأَبَى حَتَّى يَأْتِيَ الْحَاكِمَ فَهَلَكَتْ فَإِنْ كَانَتْ بِغَيْرِ بَيِّنَةٍ ضَمِنَ ، وَقِيلَ : لَا ضَمَانَ.....

يصح في (الْحَاكِمَ) فتح الميم على المفعولية وهو الأصل ، ويصح ضمها على الفاعلية ، وهذا كما كان في بعض القرى أن الحاكم يأتي إليها .

وقوله : (كَانَ) أي : الإيداع ، وذكر في «البيان»^(١) في هذه ثلاثة أقوال :

الأول : لا ضمان عليه وإن قبضها بغير بينة ؛ لأن له في ذلك عذراً يقبل ؛ لأنه يقول خفت شغبه وأذاه ، وهو لابن عبد الحكم .

الثاني : أنه ضامن وإن قبضها ببينة ؛ لأنه متعدد في منع أدائه إلا بالسلطان ، وكان يقدر أن يشهد عليه بالرد كما أشهد عليه هو بالقبض ، وإلى هذا ذهب ابن دحون ، فالرهن والوديعة على مذهبه سواء .

والثالث لابن القاسم في «العتبية»^(٢) : إن دفع الرهن والوديعة بغير بينة فهو ضامن ، وإن كان ببينة فلا ضمان .

وهذا القول هو الذي قدمه المصنف ، والقول الثاني في كلامه هو لابن عبد الحكم ، وأظهرها قول ابن دحون ؛ لأن الشغب يدفع بالبينة .

وَلَوْ طَلَبَهَا فَقَالَ : ضَاعَتْ مُنْذُ سَنَيْنَ ، وَلَمْ يَكُنْ يَذْكُرُ هَذَا وَصَاحِبُهَا حَاضِرٌ - فَلَا ضَمَانَ ، وَقَالَ أَصْبَغُ : إِذَا لَمْ يُعْرِفْ مِنْهُ طَلَبٌ ضَمِنَهَا ، وَكَذَلِكَ الْقِرَاضُ .

تصور المسألة ظاهر .

قال في «البيان»^(٣) : وقول ابن القاسم أظهر ؛ لأن الأصل براءة الذمة فلا تعمر إلا

(١) «البيان والتحصيل» (٣١٤/١٥) .

(٢) «البيان والتحصيل» (٣١٤/١٥) .

(٣) «البيان والتحصيل» (٣١٠/١٥) .

بيقين، وهو قول ابن عبد الحكم ، فإنه قال : يحلف ولا شيء عليه ، ونقل ابن عبد الحكم قول أصبغ عن الأصحاب .

وقوله : (وَكَذَلِكَ الْقِرَاضُ) هو تشبيهه في قول ابن القاسم ، وكذلك في «العتبية»^(١) ويأتي فيه قول أصبغ .

وَإِذَا ادَّعَى الرَّدَّ قَبْلَ مُطْلَقًا ، وَقِيلَ : مَا لَمْ تَكُنْ بَيْنَهُ مَقْصُودَةُ التَّوْتُقِ فَتَلَزَمَهُ ، بِخِلَافِ التَّلَفِ....

(مُطْلَقًا) أي : سواء كانت بينة مقصودة التوثق أم لا ، وهذا القول ليس بمنصوص بل إنما نص عليه ابن القاسم في الشيء المستأجر أنه يصدق في دفعه وإن قبضه بينة ، وخرجه في «المقدمات»^(٢) في الوديعة ، قال : يتحصل في المسألة أربعة أقوال :

أحدها وهو المشهور : أنه لا يصدق في دعوى الرد إذا دفع إليه بينة ، لا في الوديعة ولا في القراض ولا في الشيء المستأجر .

والثاني : أنه يصدق في جميع ذلك وإن دفع بينة ، وهو الذي يأتي على ما رواه أصبغ عن ابن القاسم من تصديقه في رد المستأجر ؛ لأنه إذا صدقه على الرد مع قيام البينة في المستأجر الذي قبضه لمنفعتهما جميعاً فأحرى أن يصدق في الوديعة التي قبضها لمنفعة صاحبها خاصة .

والثالث تفرقة أصبغ : يصدق في المستأجر لا في الوديعة والقراض على ما تأول على ابن القاسم .

والرابع : الفرق ، فلا يصدق في الوديعة إذا دفع إليه بينة ، ويصدق في المستأجر والقراض إن دفع إليه بينة .

وعلى هذا ففي تقديم المصنف للقول الأول نظر ؛ لأنه على تقدير صحته خلاف المشهور .

وقوله : (مَقْصُودَةُ التَّوْتُقِ) أي : يقصد دفع الوديعة بحضرتهم ، وأما إن كان حضورهم اتفاقياً ولو لم يكونوا لدفع الوديعة إليه فهو بمنزلة عدم البينة .

(١) « البيان والتحصيل » (٣١٠ / ١٥) .

(٢) « المقدمات » (٤٥٩ / ٢) .

اللخمي : وكما لو كان الإشهاد خوف الموت ليأخذها من تركته أو قال المودع : أخاف أن يقول : هي سلف فاشهد لي أنها ودیعة وما أشبه ذلك - مما يعلم أنه لم يقصد التوثق من القابض - فيكون القول قوله في ردها بغير بينة .

وقوله : (بِخِلَافِ التَّلْفِ) أي : فيقبل قوله وإن قبض بينة .

وَفِي يَمِينِهِ ثَالِثُهَا الْمَشْهُورُ : يَخْلِفُ فِي الرَّدِّ .

هذا الكلام معترض ولعله لا يوجد لغيره ، والذي حكاه صاحب «البيان»^(١) أنه يحلف في دعوى الرد اتفاقاً .

واختلف في التلف على ثلاثة أقوال : قيل : تتوجه ، وقيل : لا ، وقيل : تتوجه على المتهم دون غيره .

قال في «البيان»^(٢) : وهو المشهور ، قال : وأما إن حقق عليه الدعوى فلا خلاف في وجوب اليمين عليه في ردها .

وبهذا تعلم أن قول المصنف فيما يأتي : (أَمَّا الْمُتَّهَمُ فَيُحْلِفُ بِاتِّفَاقٍ) ليس بصحيح والله أعلم .

فَإِنْ نَكَلَ فَثَالِثُهَا الْمَشْهُورُ : يَخْلِفُ الْمُوَدَّعُ .

أي : فإن نكل المودع - بفتح الدال - عن اليمين المتوجهة عليه للتهمة فثلاثة أقوال :

أحدها : إنه لا يحلف رب الوديعة ولا غرم عليه ، بناءً أن يمين التهمة لا ترد .

وقيل : يغرم المودع بغير يمين .

والمشهور أنه يغرم بعد حلف رب الوديعة ، وقد ذكر في «البيان»^(٣) هذين القولين

الأخيرين .

أَمَّا الْمُتَّهَمُ فَيُحْلِفُ بِاتِّفَاقٍ .

وقد تقدم أن فيه الخلاف .

(١) «البيان والتحصيل» (٢٩٩/١٥) .

(٢) «البيان والتحصيل» (٣٠٠/١٥) .

(٣) «البيان والتحصيل» (٣٠٠/١٥) .

وَلَوْ قَالَ : لَا أُدْرِي أَضَاعَتْ أَمْ رَدَدْتُهَا فَمِثْلُ رَدَدْتُهَا .

أصل هذا الفرع لأصبع في «العتيبة» .

أصبع : وإنما لم يضمن لأنه إن دفعها فقد برئ ، وإن ضاعت فهو مؤتمن ، قال : إلا أن يكون المستودع استودعها بيينة فلا يبرأ ، وهذا يؤخذ من تشبيه المصنف بقوله : (فَمِثْلُ رَدَدْتُهَا) لأنه قدم أنه يفرق في دعوى الرد بين أن يكون قبضها بيينة أم لا .

قال في «البيان»^(١) : وهذا كما قال : إنه لا ضمان عليه إذا قبضها بلا بيينة ؛ يريد : بعد أن يحلف ما هي عنده ولقد دفعها إليه أو تلفت .

وأما إن دفعها إليه بيينة فبين أنه لا يبرأ منها بقوله : لا أدري ؛ لأنه لو ادعى دفعها إليه لم يصدق ، فكيف إذا قال : لا أدري .

ولو قال المودع لربها : إن كنت دفعت إلي شيئاً فقد ضاع ، فقال عبد الله بن عبد الحكم : إنه يبرأ يمينه ولو قبضها بيينة .

وَلَوْ ادَّعَى الرَّدَّ عَلَى الْوَارِثِ لَمْ يُقْبَلْ ، وَكَذَلِكَ دَعْوَى وَارِثِ الْمُوَدِّعِ لِأَنَّهُمَا لَمْ يَأْتَمَّاهُ كَالْيَتِيمِ

يعني : إذا مات رب الوديعة فادعى المودع أنه ردها لوارثه ، أو مات المودع فادعى وارثه أنه ردها لربها ، لم يقبل دعوى الرد فيهما .

(لأنَّهُمَا) أي : وارث رب الوديعة في الفرع الأول ورب الوديعة في الثاني - لم يأتما الدافع ، بل كل منهما دفع إلى غير الذي اتتمنه ، كاليتم إذا ادعى عليه الوصي الرد .

وَإِذَا قَالَ : هِيَ لِأَحَدِكُمَا وَنَسِيتُ عَيْنَهُ تَحَالَفًا وَقُسِمَتْ بَيْنَهُمَا ، وَقَالَ مُحَمَّدٌ : وَعَلَيْهِ الضَّمَانُ

ظاهر كلامه أن الوديعة لم تزل بيد المودع لم يدفعها إلى أحدهما ؛ لقوله : إنهما يتحالفان ويقتسمانها ، وأن ابن المواز قال : عليه ضمان مائة أخرى ، وكذلك نقل ابن يونس القولين ، ونقل غيره أيضاً القولين فيما إذا دفع إلى أحدهما ، ففي «الموازية» : ومن استودع مائة فأتى رجلان يدعيانها فقال : « رددتها إلى أحدهما » فإن لم يثبت أيهما هو

(١) «البيان والتحصيل» (٣١١/١٥) .

فهو ضامن لكل واحد منهما مائة ؛ لأن كل واحد منهما يدعي أنه أودعه فلم يقطع بتكذيبه ، وقوله للمودع : لا أدري هل أودعتني؟! هو كالتكول ؛ فيحلف المدعي ويضمنه ، وكذلك لو كانوا عشرة .

وقال ابن عبد الحكم : أما في الدين فيضمن لكل واحد منهما مائة ، وأما في الوديعة فلم أره مثل الدين .

محمد : هما عندي سواء ، زاد محمد في كتاب الإقرار : ويحلف كل واحد منهما ويحكم له بمائة ، ومن نكل لم يكن له شيء ، وكانت لمن حلف .
فإن نكلا جميعاً لم يكن على المقر إلا مائة يقتسمانها بينهما بلا يمين عليه ؛ لأنه هو الذي أباي اليمين وردها بعد أن ردت عليه .

محمد : فإن رجع المودع فقال : أنا أحلف أنها ليست لواحد منهما فلا بد من غرم المائة يقتسمانها بعد أيمانهما ؛ لأنه قد أقر أن عليه مائة ثانية ولا حجة له في إسقاطها ، ولا حجة لأحدهما في طلب تمام المائة لنفسه ؛ لأن المودع لو قال له : « راجعت معرفتي أنه لا شيء لك » لم يلزمه غير اليمين ، واليمين التي حلفها له تجري عن طلب منه تمام المائة لنفسه ، وكذلك لو كانت المائة التي عليه دين فيما ذكر سحنون .

وإن استودع وديعة ثم مات فادعاها رجلان كل واحد لنفسه ، فقال ابن الميت : لا أدري إلا أن أباي كان يذكر أنها وديعة فلتوقف أبدأ حتى يستحفظها أحدهما بالبينه ، وقال فيمن أودعه رجل مائة وآخر خمسين فنسي من صاحب المائة منهما ، وادعى كل واحد منهما المائة - إنهما يتحالفان على المائة ثم يقتسمانها والخمسين الباقية ؛ إذ ليس لها مدع ، قال : وقال بعض أصحابنا : يغرم لكل واحد منهما بعد أيمانهما .

وَلَهُ [طَلَبُ] (١) أَجْرَةٌ مَوْضِعَهَا دُونَ حِفْظِهَا .

يعني : إذا كانت الوديعة مما يشغل منزلاً فطلب أجرة الموضع التي كانت فيه فذلك له ، وهكذا في «المقدمات» (٢) .

ابن عبد السلام : وأطلق المصنف وغيره في هذا ، وعندني يتقيد هذا بمن يقتضي حاله

(١) سقط من ط .

(٢) «المقدمات» (٢/٤٦٧) .

طلب الأجرة ، كما هو المذهب في رب الدابة يأذن لرجل ، ويقول راكبها : إنما ركبتها عارية ، ويقول ربها : إنما كان الإذن بالأجرة - فالقول قول ربها إذا كان مثله يكره الدواب ، وإنما سقطت أجرة الحفظ لأنه قد اطردت العادة بأن المودع لا يطلب على ذلك أجرة ؛ لأن الحفظ لا تجوز عليه الأجرة لجواز الإجارة على الحراسة .

صاحب «المقدمات»^(١) وغيره : وإن احتاجت إلى غلق أو قفل فذلك على ربها .

وَإِذَا اسْتَوْدَعَهُ مِنْ ظَلَمَهُ بِمِثْلِهَا فَثَالِثُهَا : الْكَرَاهَةُ ، وَرَابِعُهَا : الِاسْتِحْبَابُ ، وَقَالَ الْبَاجِيُّ :
وَالْأَظْهَرُ الْإِبَاحَةُ لِحَدِيثِ هِنْدٍ

هكذا وقع في أكثر النسخ ، وزاد ابن راشد في نسخته بعد كلام الباجي : (وَقِيلَ : إِنْ كَانَ عَلَيْهِ دَيْنٌ فَلَا يَأْخُذُ إِلَّا مَا يَسْتَحِقُّهُ) وقد حكى في «المقدمات»^(٢) الخمسة .

والمنع هو مذهب مالك في «المدونة» ، قيل لابن القاسم : قال ذلك مالك ؟ قال : أظنه للحديث الذي جاء : «أد الأمانة لمن ائتمنك ولا تخن من خانك»^(٣) .

والجواز لابن عبد الحكم ، قال : يأخذها وإن كان عليه دين ، وهو مبني على أحد القولين في إجازة رهن المديان وقضائه بعض غرمائه .

والكرهية مأخوذة من قول أشهب : لا أمره إلا بطاعة الله تعالى ، وإن أردت فعله فأنت أعلم .

والاستحباب مأخوذ من قول ابن الماجشون : أرى له أن يستعمل الحيلة بكل ما يقدر حتى يأخذ حقه ، فإن فيه إبراء ذمة المسلم .

والقول الخامس رواه ابن وهب عن مالك ، وروى ابن نافع مثله ، وزاد مع ذلك : إذا أمن أن يحلف كاذباً فيأخذ قدر حقه .

وقال ابن المواز : لا بأس أن يأخذ وإن كان عليه دين ما لم يفلس .

(١) «المقدمات» (٢/٤٦٧) .

(٢) «المقدمات» (٢/٤٥٨) .

(٣) أخرجه أبو داود (٣٥٣٥) والترمذي (١٢٦٤) والدارمي (٢٥٩٧) والحاكم (٢٢٩٦) والدارقطني (٣/٣٥) والبيهقي في «الكبرى» (٢١٠٩٢) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه وصححه الألباني - رحمه الله - .

ابن المواز عن مالك : وإن أوصى لصغير بدنانير ولم يشهد بذلك إلا الوصي ، فإن خفي دفع ذلك ؛ بحيث لا يتبع به ، وكذلك لو دفع فلم يقبل السلطان شهادته فله الدفع إذا خفي ذلك .

الباجي^(١) وصاحب «المقدمات»^(٢) : وأظهر الأقاويل الإباحة ؛ لحديث هند : إن أبا سفيان رجل شحيح لا يعطيني من النفقة ما يكفيني ويكفي عيالي ، فقال عليه الصلاة والسلام : « خذي من ماله ما يكفيك ويكفي بنيك بالمعروف » .
وقد يقال في الأخذ منه نظر ؛ لأن هنداً وولدها تجب لهما النفقة في مال أبي سفيان ، فكان ما تأخذه هو عين حقها ، وكلامنا إنما هو فيمن قدر على مثل حقه لا على نفسه .

قال في «المقدمات»^(٣) : وكان شيخنا [ابن رزق]^(٤) يحدثنا أن قوله عليه الصلاة والسلام : « ولا تخن من خانك » خرج على سؤال ؛ لأنه سئل عن وطء امرأة من ائتمنه عليها ، وقد كان السائل ائتمن الرجل على امرأته فخانها فيها ووطئها ، وكان يضعف الاحتجاج بهذا الحديث لهذا المعنى ، لكن اختلف قول مالك وغيره من العلماء في العام الوارد على سبب خاص .

والصحيح عند أهل الأصول وهو اختيار القاضي إسماعيل والقاضي أبي بكر وغيرهما من العراقيين الحمل على عمومه ، وبه يصح الاستدلال بالحديث .

واحتج أيضاً ابن عبد الحكم بقوله تعالى : ﴿ فَمَنْ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ ﴾ الآية [البقرة : ١٩٤] .

واحترز المصنف بقوله : (مَنْ ظَلَمَهُ بِمِثْلِهَا) مما لو ظلمه بغيرها فإنه لا يجوز له الأخذ .
ابن شعبان : ومن أصحابنا من يقول : إن المستودع إذا جحد ما كان بيده وهو من غير الذهب ، فوجد له المجهود ما بقي من الدراهم أو العروض لم يكن له أخذه ولا بيعه ؛ لأنه يوكل في ذلك ، وبه أقول .

(١) «المنتقى» (١٢٨/٤) .

(٢) «المقدمات» (٤٥٨/٢) .

(٣) «المقدمات» (٤٥٨-٤٥٩/٤) .

(٤) في ط : ابن زرقون ، والمثبت هو الصواب ، وابن رزق هو : أبو جعفر ، أحمد بن محمد ابن رزق الأموي القرطبي ، المتوفى ٤٧٧هـ ، كان جليلاً حافظاً من أهل الفقه ، أخذ عن ابن عتاب ، وابن عبد البر ، وأخذ عنه ابن رشد ، وأصبغ ، وأبو الوليد بن الجراح وغيرهم .

كتاب العارية

العَارِيَّةُ : تَمْلِيكُ مَنَافِعِ الْعَيْنِ بِغَيْرِ عَوْضٍ .

هي مشددة الياء ، الجوهرية^(١) : وكأنها منسوبة إلى العار ؛ لأن طلبها عارٌ وعيب .
وأنكر على الجوهرية كونها منسوبة إلى العار ، لأنه لو كان كذلك ، لقالوا : يتعيرون ؛
لأن العار عينه ياء ، والعارية عند غيره مأخوذة من المعاورة : وهي الأخذُ والإعطاء ،
يقال : هم يتعاورون من جيرانهم ، أي يأخذون ويعطون .

ورسمها المصنف بقوله : (تَمْلِيكٌ ... إلى آخره) ، فقوله : (تَمْلِيكُ مَنَافِعِ الْعَيْنِ)
كالحبس ، و (بِغَيْرِ عَوْضٍ) أخرج الإجارة وهو غير مانع لدخول العُمري والحبس فيه .
فإن قيل : يمكن أن يجاب عنه بوجهين :

أولهما : منع كون العُمري والحبس ليسا بعارية .

ثانيهما : أن العُمري والحبس ليس فيهما تملك منفعة العين ، وإنما هو فيهما إباحة
الانتفاع .

قيل : كلاهما مردود ، أما الأول : فلأنه خلاف الاصطلاح ، وأما الثاني : فلأن العمر
أو المحبس عليه يملكان المنفعة بدليل أنهما يؤجران لغيرهما ، والله أعلم .

وَهِيَ مَتَدُوبٌ إِلَيْهَا .

لأنها من المعروف والبر ، فتدخل في قوله تعالى : ﴿ وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى ﴾
[المائدة: ٢] ، وقد اختلف في قوله تعالى : ﴿ وَيَمْنَعُونَ الْمَاعُونَ ﴾ [الماعون: ٧] ؛ فقيل عن
ابن عباس وابن مسعود رضي الله عنهما : إنه عارية متاع البيت ؛ كالقدر والفأس .

وذهب مالك والجمهور إلى أن الماعون الذي توعد الله على منعه هو الزكاة المفروضة .

فرع :

قال في «المقدمات»^(٢) : وأجرة حمل العارية على المستعير ، واختلف في أجرة ردها ،

(١) « الصحاح » (٥ / ٢) .

(٢) « المقدمات » (٤٧٤ / ٢) .

فقيل : على المستعير ، وهو الأظهر ، وقيل : على المعير ؛ لأن العارية معروف فلا يكلف أجرة بعد معروف صنعه .

أبو الحسن : واختلف في علف الدابة المعارة ، فقيل : على المعير ، وقيل : على المستعير .

المُعِيرُ مَالِكُ الْمَنْفَعَةِ غَيْرُ مَحْجُورٍ عَلَيْهِ ؛ فَتَصَحُّ مِنَ الْمُسْتَعِيرِ وَالْمُسْتَأْجِرِ .

يعني : أن أركانها أربعة : المعير والمستعير والمستعار وما به الاستعارة .

وتكلم المصنف على الأول منها فالأول ، وشرط في المعير شرطين : أن يكون مالكا للمنفعة ، وأن يكون غير محجور عليه ، أما الأول فظاهر ، وأما الثاني فلأنها تبرع ، وصحت من المستعير والمستأجر ؛ لأنهما مالكان للمنفعة ، ونبه بالمستعير على أن الصحيح عند الشافعية : أنه لا يعير .

ومنشأ الخلاف : هل المستعير مالك للمنفعة كالمستأجر أو لا ؟ وإنما ملك الانتفاع ، ويتخرج عندنا الخلاف في جواز إعارة الثوب المستعار من الخلاف في إجارته لمن استأجره ، وكذلك فيمن اكرى دابة ليركبها فإن قول مالك اختلف في كراهة كرائتها من غيره .

وكذلك اختلف هنا ، ففي «الجلاب»^(١) : ومن استعار شيئاً إلى مدة فلا بأس أن يكرهه من مثله .

وفي «المدونة»^(٢) : لا بأس أيضاً أن يعيره من مثله .

وفي كتاب ابن شعبان : من استعار دابة ليركبها ، فلا يُركبها غيره ، وظاهره بعارية أو كراء .

واعلم أن تملك الانتفاع كسكنى المدارس والجلوس في المساجد والأسواق ، له أن ينتفع بنفسه فقط ، ولا يعاوض عنه ، وتمليك المنفعة كالإجارة ، والعارية عندنا له الانتفاع والإيجار كالملك بالنكاح من ملك الانتفاع ، ويستثنى من هذا جواز إنزال الضيف لأهل

(١) «التفريع» (١٣٩/٢) .

(٢) «تهذيب المدونة» (٢٨٦/٣) .

المدارس والرباط المدة اليسيرة للعادة ، ولا يجوز استيطانه بيت المدرسة دائماً ولا إيجاره ، ولا خزن القمح فيه ، وكذلك ماء الصهاريج بها ، لا يجوز بيعه ولا هبته ولا الانتفاع به فيما لم تجر العادة كالصبغ الكثير ، ويستثنى الشيء اليسير من ذلك ، وكذلك طعام الضيف لا يجوز له بيعه ولا إطعامه ، وله إطعام الهر للعادة ، وكذلك البسط في الأوقاف لا يتغى بها ، والزيت للاستصباح لا يباع ؛ لأن التمليك فيها مقصور على جهة العادة بشهادة العوائد ، ذكر ذلك القرافي في «قواعده» .

المُسْتَعِيرُ : أَهْلٌ لِلتَّبَرُّعِ عَلَيْهِ ، فَلَا يُعَارُذُمِي مُسْلِمًا .

يعني : أنه يشترط في المستعير أن يكون أهلاً لأن يتبرع عليه بالمستعار ، فلخصوصيته بذلك لا يعار ذمي مسلماً لما في ذلك من إذلال الكافر المسلم ، وهو ممنوع ، وكذلك المصحف له ، وكذلك لا يعار السلاح لمن يقاتل به فيما لا يحل ، ولا الأواني لمن يستعملها فيما لا يحل كالخمر ، ولا الدابة لمن يركبها لإذاية مسلم ونحو ذلك .

المُسْتَعَارُ مَنْفَعَةٌ مَعَ بَقَاءِ الْعَيْنِ ، فَالْأَطْعِمَةُ وَالنُّقُودُ قَرْضٌ .

يعني : أن المستعار المنفعة لا الذات .

وقوله : (مَعَ بَقَاءِ الْعَيْنِ) أي على ملك ربها ، وإن استلزم الانتفاع ذهاب العين كما في الأطعمة والنقود ، لم يبق ذلك عارية بل هو قرض ، وأشار اللخمي إلى أنه تصح إعارة الدراهم والدنانير لمن لا يتلف أعيانها كالصيرفي يجعلها ظاهرة عنده ليراها الناس فيرغبون في الصرف منه ، وكذلك الرجل عليه دين يقل ما بيده فيستعيرها لذلك .

خليل : وينبغي أن يمنع هذا لوجهين :

أولهما القياس على إيجارتها ، فقد قال المصنف : (ولا تصح إجارة الدنانير والدراهم ، وقيل : إن لازمها ربها صح) .

والثاني أن في ذلك إيهاما للناس وتغيرها لهم ، والله أعلم .

وَأَنْ تَكُونَ الْمَنْفَعَةُ مَبَاحَةً فَلَا تُسْتَعَارُ الْجَارِيَةُ لِلِاسْتِمْتَاعِ .

وهو معطوف على (بقاء العين) أي المستعار منفعة بشرط بقاء العين ، (وَأَنْ تَكُونَ

الْمَنْفَعَةُ مُبَاحَةٌ) ولا يريد كونها مباحة في جنسها ؛ فإن ذلك شرط في صحة ملك المعير لها، وإنما يريد كون تلك المنفعة مباحة للمستعير ، فلذلك لا تستعار الجارية للاستمتاع ، ودخل في ذلك الوطاء ومقدماته ، لما في ذلك من عارية الفروج ؛ ولأنه لا يستباح ذلك إلا في ملك أو نكاح ، وخالف عطاء بن أبي رباح في هذا وأجازه .

وقد بالغ أهل مذهبنا في هذا حتى منعوا قرض الجوارى المؤدي إلى عارية الفروج .

وَيُكْرَهُ أَنْ يُسْتَعْمَرَ لِغَيْرِ الْمُحْرَمِ وَالنِّسَاءِ وَالصَّبِيَّانِ .

عبر بالكرهية تبعاً لابن شاس (١) .

وقد نص اللخمي في باب الإجارة : أن إجارة المرأة للرجل الغريب غير جائزة ، كان مأمونا أم لا لقوله عليه الصلاة والسلام : « لا يخلو رجل بامرأة ليس بينه وبينها محرم » (٢) .

وإن كان له أهل وهو مأمون جاز ، وإن كان غير مأمون لم يجز إلا أن تكون متجاللة لا إرب للرجل فيها ، أو يكون هو شيخ فان ، وعلى هذا فمراده بالكرهية هنا التحريم ، ونص اللخمي في باب العارية : على أنه تصح هبة خدمة الجارية للأجنبي إذا كان مأموناً وله أهل ، فإن كان غير مأمون أو كان مأموناً ولا أهل له لم يجز للحديث المتقدم .

واستثنى [المصنف] (٣) المحرم والنساء والصبيان ؛ لأن الاستمتاع مأمون في حقهم .

اللخمي : وتجاوز هبة منافعها لمن لا يحل له إصابتها من أقاربها إذا كان الواهب قد أصابها مثل : ولده وولد ولده وأبيه وجده ؛ لأنها صارت من ذوات محارمه ، وهذا داخل تحت قوله : (مَحْرَمٌ) .

وَلَا يَجُوزُ اسْتِخْدَامُ أَحَدِ الْأَبْوَيْنِ بِالْعَارِيَةِ ، وَتَكُونُ الْمَنَافِعُ لَهُمَا .

(١) « الجواهر » (٧٣٢/٢) .

(٢) أخرجه البخارى (٢٨٤٤) ومسلم (١٣٤١) من حديث ابن عباس -رضي الله عنهما- .

(٣) سقط من ط .

يلحق بالأبوين كل من يعتق عليه ؛ لأن الاستخدام من توابع الملك ، فمن لا يجوز له التملك ، لا يجوز له الاستخدام ، وتكون المنفعة للعبد والأمة دون من وهبت له ، واستدل اللخمي على ذلك بقول مالك في من عجل عتق عبده على أن يخدمه شهراً ، أن الخدمة ساقطة ، قال : لأنها بقية رق ، بخلاف أن يجعل عليه دراهم .

ابن عبد السلام : فإن قلت : هل تلحق الإجارة بالعارية في هذا ؟ قيل : هو محتمل ، وقد قال في «المدونة»^(١) : ولا بأس أن يؤاجر الرجل أمه وأخته أو ذات محرم على رضاع ولده .

وَتَحْصُلُ بِمَا يَدُلُّ عَلَى مَعْنَاهَا .

زاد في «الجواهر»^(٢) من قول أو فعل ، وهذا هو الركن الرابع .

وقوله : على معناها : أي على تملك المنفعة بغير عوض .

وَلَوْ قَالَ : أَعْنِي بِغَلَامِكَ أَوْ ثُورِكَ يَوْمًا وَأَعْيُنِكَ بِغَلَامِي أَوْ ثُورِي يَوْمًا فَإِجَارَةٌ ، وَأَجَازَةٌ ابْنُ الْقَاسِمِ ، وَرَأَهُ مِنَ الرَّفْقِ

(فِإِجَارَةٌ) يعني ليس بعارية ، وهكذا صرح به ابن شاس ؛ لأنه إنما ينظر إلى المعنى ولا ينظر إلى اللفظ ، فإن قوله : (أَعْنِي) قريب من العارية ، وإذا كان إجارة فيشترط أن يكون ما يقع التعاون فيه معلوماً سواء كان من نوع واحد كالخضار أو نوعين كالدراس والبناء ، وأن يكون زمان العمل قريباً من عقد هذه الإجارة ، فلو قال : أَعْنِي بِعَبْدِكَ غَدًا عَلَى أَنْ أَعْيُنَكَ بِعَبْدِي بَعْدَ شَهْرٍ لَمْ يَجْزِ ؛ لأنه نقد في منافع معين يتأخر قبضها .

فإن قيل : إذا كان إجارة واشترط انتفاع الغرر في العمل في زمانه فأين الرفق ؟

قيل : لعله في المتقدم من الغلامين ، وأن هذا العقد جائز ، وإن لم يتفاهما ، أي الغلامين يكون عمله أولاً ، هكذا قال ابن عبد السلام ، وانظر لم نسب الجواز لابن القاسم فقط ؟

(١) «تهذيب المدونة» (٣/١٣٠) .

(٢) «الجواهر» (٢/٧٣٢) .

الضَّمانُ : إِنْ كَانَ مِمَّا لَا يُغَابُ عَلَيْهِ لَمْ يَضْمَنْ إِلَّا أَنْ يَظْهَرَ كَذِبُهُ ، وَإِنْ كَانَ مِمَّا يُغَابُ عَلَيْهِ ضَمَّنَ إِلَّا بَيِّنَةً عَلَى تَلْفِهِ ، وَقَالَ أَشْهَبُ : وَلَوْ قَامَتْ ...

تقدمت نظائر هذه المسألة والكلام عليها في الرهن وغيره ، وحكى ابن شعبان عن مالك قولاً أنه لا ضمان عليه إلا أن يشترط ، حكاه في «المقدمات»^(١) وظاهره كان مما لا يغاب عليه أو لا .

وذكر اللخمي أن ابن شعبان حكى عن مالك أنه لا يصدق في ذهاب الحيوان والعبيد والدواب .

اللخمي : وقيل : لا يصدق فيما صغر خاصة ؛ لأنه يخفى إذا غيب عليه ، وقد يرجع هذا القول فيما يراد منه الأكل دون غيره .

ابن المواز : وإذا قلنا : لا يضمن الدابة فيضمن سرجها ولجامها .

اللخمي : ولا يضمن العبد ولا ما عليه من الكسوة ؛ لأن العبد حائز لما عليه .

وَمَا عَلِمَ أَنَّهُ بَغَيْرِ سَبَبِهِ - كَالسُّوسِ فِي الثَّوبِ - يَحْلِفُ أَنَّهُ مَا أَرَادَ فَسَاداً فَيَبْرَأُ .

هكذا في «الموازية» ، ولا يكفي في اليمين : ما أراد فساداً ، بل يزيد فيها : ولا ضيِّع ، وألحق التونسي الفأر بالسوس في هذا ، وسأوى اللخمي بين الفأر والسوس والحرق بالنار في الضمان ، قال : لأن الغالب أن النار لا تحدث إلا من فعله إلا أن يثبت أنه من غير فعله ، وكذلك السوس إنما يحدث من الغفلة عن اللباس والمعير يقول : لو لبسته لم يتسوس ، وقرض الفأر لا يحدث إلا لأمر كان من اللباس من رائحة طعام ونحوه .

قال : وحيث ضمناه القيمة فهل يوم العارية أو يوم التلف ؟ قولان مخرجان من القولين في الرهن ، وما لا ينقص بالاستعمال يغرم جميعه ، وكذلك ما ينقص إذا كانت مدة العارية قريبة لا ينقص في مثلها ، وإن كانت بعيدة ينقص في مثلها ضمن قيمة ما يبقى بعد انقضاء مدة العارية .

(١) «المقدمات» (٢/٢٥١) .

وَإِذَا اشْتَرَطَ إِسْقَاطَ الضَّمَانِ فِي مَا يَضْمَنُ ، أَوْ إِثْبَاتَهُ فِي مَا لَا يَضْمَنُ - فَفِي إِفَادَتِهِ قَوْلَانِ....

نحوه في «الجواهر»^(١) ما إذا اشترط إسقاط الضمان في ما يضمن ؛ كالثياب ونحوها ، فقال المازري في كلامه المنسوب إليه على «المدونة» : في المسألة قولان .

وقال في «شرح التلقين» واللخمي وغيرهما : اتفق ابن القاسم وأشهب هنا على إعمال الشرط ، وإن كانا قد اختلفا في الرهن ؛ لأن العارية معروف ثان لا مانع منه بخلاف الرهن .

اللخمي : وقال سحنون : في من أعطى لرجل مالا يكون له ربحه ولا ضمان عليه ، أنه ضامن ، فعلى هذا يسقط شرطه في الثياب .

والذي في «المقدمات»^(٢) الضمان لابن القاسم ، وأنه قال في بعض روايات «المدونة» وهو أيضاً في «العتبية»^(٣) لابن القاسم وأشهب في بعض روايات من كتاب العارية ، قال : وعلى ما حكاه ابن أبي زيد في «المختصر» عن أشهب في الصانع يشترط الضمان عليه ، أن شرطه جائز ينفعه الشرط في العارية ، قال : لأنه إذا لزمه في الصانع فأحرى في المستعير ؛ لأن المعير إذا أعاره على أن لا ضمان فقد فعل المعروف معه من وجهين ، إلا أن يكون ذلك من باب إسقاط حق قبل وجوبه ، فلا يلزمه على أحد القولين .

وأما إذا اشترط إثبات الضمان فيما لا يضمن من حيوان ونحوه ، فقال مالك رحمه الله تعالى وجميع أصحابه : الشرط باطل مطلقاً إلا مطرفاً فإنه قال : إن شرط عليه الضمان لأمر خافه من طريق مخوفة أو نهر أو لصوص أو ما أشبه ذلك فالشرط لازم إن عطبت في الأمر الذي خافه ، واشترط الضمان من أجله ، وإن هلكت بغير ذلك لم يضمن .

والظاهر أن المصنف لم يرد قول مطرف ؛ لأن كلامه لا يبنى على التفصيل ، وظاهر كلامه أنه يضمن على أحد القولين ؛ وهذا ليس بمنصوص بل خرج لللخمي ، قال : ويجري فيها قول بالضمان كما شرط ؛ لأنه الواجب في أحد قولي مالك من غير شرط ، فقد دخلا على التزام أحد القولين .

(١) «الجواهر» (٢/٧٣٤) .

(٢) «المقدمات» (٢/٢٥٠) .

(٣) «البيان والتحصيل» (١٥/٣٣٠) .

وَإِذَا ادَّعَى كَسْرَ السَّيْفِ أَوْ الْفَأْسِ بِاسْتِعْمَالِهِ وَأَحْضَرَهُ لَمْ يُقْبَلْ إِلَّا بِيْنَةٍ ، وَقِيلَ : يُقْبَلُ .
 يحتمل أن يريد بالقول الأول مذهب «المدونة»^(١) ونصها : وإن استعار سيفاً ليقاتل به
 فانكسر لم يضمن ؛ لأنه فعل به ما أذن له فيه ، وهذا إذا كانت بينة أو عرف أنه كان معه
 في اللقاء وإلا ضمن ، وفي «البيان»^(٢) في هذه المسألة أربعة أقوال :
 الأول لابن القاسم في «العتبية» وابن وهب أنه لا يصدق إلا ببينة .

الثاني أنه يصدق إذا اتتمن ذلك بما يشبهه وهو قول عيسى بن دينار ومثله حكى ابن
 حبيب في «الواضحة» عن مطرف وأصيب واختاره ؛ لأنه من محاسن الأخلاق أن يصلحه .
 الثالث : قوله في «المدونة»^(٣) في السيف أنه لا يصدق إلا أن تكون له بينة أنه كان معه
 في اللقاء .

الرابع : قول سحنون : يضمن إلا أن تكون له بينة أنه ضرب به في اللقاء ضرباً يجوز
 له قال : وهو أبعد الأقاويل ، وأولاه بالصواب قول عيسى .
 والظاهر من قول المصنف أنه أراد بالقول الأول قول ابن القاسم في «المدونة» ، وعلى
 هذا ففي تقديمه نظر .

اللخمي : وأما الرحا تستعار ليطحن عليها فيأتي بها وقد حفيت فلا شيء عليه
 بالاتفاق .

وَلَا يَتَّعَدَى الْمَأْدُونِ فِيهِ ؛ فَلَا يَزْرَعُ مَا ضَرَّرَهُ أَكْثَرُ .

إذا أعاره أرضاً مثلاً ليزرع فيها شيئاً ، فليس للمستعير أن يزرع ما هو أضر منه ،
 ومفهومه أن له أن يزرع ما هو مساوٍ في الضرر للأول ، وهو صحيح صرح بذلك صاحب
 الجواهر^(٤) وغير واحد .

وفي «المدونة»^(٥) : وإن استعار دابةً ليحمل عليها حنطة فحمل عليها حجارة فكل ما
 حمل مما هو أضر مما استعارها له ، فعطبت به فهو ضامن ، وإن كانت مثله في الضرر لم

(١) «تهذيب المدونة» (٤١٢/٣) .

(٢) «البيان والتحصيل» (٣٣٠/١٥) .

(٣) «تهذيب المدونة» (٤١٢/٣) .

(٤) «الجواهر» (٧٣٤/٢) .

(٥) «المدونة» (٣٠٢/١٤) .

يضمن؛ كحمله عدساً في مكان حنطة أو كتناً أو قطناً في مكان بز، فظاهرها أنه إذا حمل عليها ما هو أضر فعطبت فهو ضامن، سواء زاد ما تعطب بمثله أم لا، لكن الشيوخ فصلوا ذلك؛ فقالوا: إن كانت تلك الزيادة لا تعطب بمثلها فعطبت فليس لرب الدابة إلا كراء الزيادة فقط، وإن كان ذلك الزائد مما تعطب بمثله خير ربها في أن يضمه قيمة الدابة يوم تعديه ولا شيء له غير ذلك أو يأخذ كراء الفضل فقط.

ابن يونس: ومعرفة ذلك أن يقال: كم يساوي كراؤها فيما استعارها له؟ فإن قيل: عشرة، قيل: وكم يساوي كراؤها في ما حمل عليها؟

فإن قيل: خمسة عشر؛ خير رب الدابة بين أن يضمه قيمة الدابة أو يأخذ الخمسة الزائدة فقط، وأما إن كانت تلك الزيادة لا تعطب بمثلها فليس عليه إلا الخمسة، وكذلك إن لم تعطب فليس له إلا كراء الزيادة.

فَلَوْ أَطْلَقَ فَاسْتَعْمَالَ مِثْلَهَا .

يعني: فإن استعار شيئاً ولم يبين الوجه الذي استعاره من أجله، فإنه يتعين ذلك بمقتضى العادة.

بل نص في «المدونة» على أنه يترك ظاهر اللفظ للعادة، ففيها: وإن استعار دابة ليركبها حيث شاء وهو بالفسطاط فركبها إلى الشام أو إلى إفريقية، فإن كان وجه عاريتها إلى ذلك فلا شيء عليه وإلا ضمن.

والذي يسأل رجلاً أن يسرج له دابة ليركبها في حاجة فيقول له: اركبها إلى حيث أحببت، فهذا يعلم الناس أنه لم يسرجها له إلى الشام.

ولمراعاة العادة يحمل أيضاً عليها عند الاختلاف، ففي «المدونة»^(١): ولو استعار مهُراً فحمل عليه بزا لم يصدق أنه استعاره لذلك، وإن كان بغيراً صدق.

وَهِيَ لَازِمَةٌ فَإِنْ أَجَلَّهَا بِمُدَّةٍ أَوْ عَمَلٍ لَزِمَتْ إِلَى انْقِضَائِهِ وَإِلَّا فَالْمُعْتَادُ فِي مِثْلِهَا، وَفِي اللُّزُومِ قَبْلَ الْقَبْضِ قَوْلَانِ.....

أي: لازمة بالقول؛ لأنها نوع من أنواع الهبة فتلزم بكيفية الأنواع، والظاهر أن المراد بقوله: لازمة إذا حصل الإيجاب والقبول، لقوله بعد ذلك: وفي اللزوم قبل القبض

(١) «المدونة» (١٥/١٦٦).

قولان ، واللزوم هو أصل المذهب كالهبة ، وهو قول ابن القصار ، ولعل القول الآخر مبني على الشاذ في الهبة أنها تلزم بالقول ، وحكاة في «الجواهر»^(١) عن أشهب وزاد عنه أن له الرد بعد القبض بالقرب .

وقال القاضي أبو الفرج: ما روي من وجوب العارية بالقول دون الإقباض إنما هو في الأرضين .

[ابن راشد]^(٢) : ويريد أبو الفرج قوله في «المدونة» في الأرض يعيرها للبناء أو للغرس إنه ليس له إخراجه بقرب الغرس أو البناء .

وقوله : فإن أجلها بمدة : أي كشهرا أو عمل ؛ كزرع بطن لزمت إلى انقضائها (وإلا فَاَلْمُعْتَادُ فِي مِثْلِهَا) أي وإن لم يضرب أجلاً ، وهكذا روى الدمياطي عن ابن القاسم أنه قال : وإن لم يضرب له أجلاً ، فليس له إخراجه حتى يبلغ ما يعار إلى مثله من الأمد .

ابن يونس : وهو صواب ؛ لأن العرف كالشُرط ، وذكر أشهب في كتابه أن للمعير إذا فرغ المستعير من بنائه وغرسه أن يخرجها فيما قرب أو بعد ؛ لأنه إعارة إلى غير أجل ، وقد فرض إذا لم يضرب أجلاً ويعطيه رب الأرض قيمته مقلوعاً ويأخذه أو يأمره بقلعه .

وروى عنه الدمياطي أنه له إخراجه متى شاء إن كانت له حاجة إلى عرصته أو إلى بيعها سواء تقدم بينهما شرط أم لا ، وإن كان لغير حاجة ولكن لشيء وقع بينهما ، فليس له ذلك .

وقال أصبغ : إذا لم يسكن فليس له إخراجه أيضاً .

وإن أعطاه قيمته قائماً إلا برضاه وبه أخذ يحيى بن عمر .

وَإِذَا انْقَضَتْ مُدَّةُ الْبِنَاءِ أَوْ الْغَرْسِ فَلَهُ دَفْعُ قِيمَتِهِ مَقْلُوعاً بَعْدَ مُحَاسَبَتِهِ بِأَجْرَةِ الْقَلْعِ وَإِحْلَاءِ الْأَرْضِ ، أَوْ يَأْمُرُهُ بِقَلْعِهِ ، فَإِنْ لَمْ تَكُنْ لَهُ قِيمَةٌ بَعْدَ نَقْضِهِ أَخَذَهُ مَجَانًاً

يعني (إذا انقضت مدة البناء أو الغرس) أي المدة المشترطة بالشرط أو بالعادة فللمعير دفع قيمة البناء والغرس مقلوعاً .

(١) «الجواهر» (٢/٧٣٥) .

(٢) سقط من ط .

وقوله : (بَعْدَ مُحَاسَبَتِهِ) هكذا نص عليه محمد وابن شعبان وغيرهما ، ومعناه أن يسقط من النقص قيمة قلع البناء وتنظيف الأرض لتعود كما كانت وكذلك الشجر .

مثاله : أن يقال : كم تساوي قيمة النقص الذي في هذا أو الشجر بعد قلعه ؟ فيقال : مائة ، فيقال : وبكم يقلع هذا ؟ فيقال : بعشرة ، ويقال : وكم تساوي الأرض لتعود كما كانت فيقال : عشرة ، فيعطيه ثمانين .

قال غير واحد : إلا أن يكون المستعير ممن يتولى القلع وتنظيف الأرض بنفسه أو بعبده فلا يسقط لذلك شيء ، وقيل : إن ما نص عليه محمد من إسقاط أجره القلع خلاف مذهب ابن القاسم في «المدونة» ، فإن مذهبه فيها لا يحط ذلك ، وإلى هذا ذهب ابن دحون .

واعتل في ذلك بأن الغاصب لو هدمه لم يكن للمغضوب منه أن يأخذه بالقيمة بعد هدمه ، وكذلك أنكر ابن سهل كلام ابن المواز ، واعتقد أن قيمة البناء مقلوعاً تستلزم طرح أجره القلع ، فلا ينبغي أن تسقط مرة أخرى ، وليس بالبين ، فإن تقويم البناء مقلوعاً أعم من كل واحد من وجهي طرح أجره القلع وعدم طرحه ، والأعم لا يستلزم الأخص .

وروى مطرف وابن الماجشون أن كل من بنى في أرض قوم أو غرس بإذنهم وأعلمهم فلم يمنعوه ولا أنكروا عليه فله قيمته قائماً ؛ كالباني بشبهة ، وكذلك من تكارى أرضاً أو بنى في أرض زوجته .

ابن حبيب : وهو قول ابن كنانة وجميع المدنيين ، وقاله ابن القاسم ، وعلى هذا فالغاصب متفق عليه أنه يأخذ قيمة البناء مقلوعاً ، والمستحق من يده متفق عليه أنه يأخذ قيمة البناء قائماً ، ويختلف في المستعير والمكترى .

قوله : (أَوْ يَأْمُرُهُ بِقَلْعِهِ) يعني أن رب الأرض يخير في أمرين : إما أن يعطيه القيمة كما تقدم ، وإما أن يأمره بقلع بنائه ؛ هذا بشرط أن يكون للبناء والغرس قيمة بعد القلع ، وأما إن لم تكن له قيمة بعد القلع فلا يكون للباني فيه شيء .

وَقِيلَ لِلْمُعِيرِ الْإِخْرَاجُ فِي الْمُدَّةِ الْمُعْتَادَةِ إِذَا أُعْطِيَ مَا أُتْفِقَ ، وَقِيلَ : قِيمَةٌ مَا أُتْفِقَ .

يعني : أن المدة المشترطة ليس للمعير الإخراج قبل انقضائها ، وأما المعتادة ففيها قولان : الأول : وهو الذي قدمه المصنف ، أنها كالمشترطة وهو قوله : (وإلا فالمعتاد في مثلها) .

والثاني : أن للمعير الإخراج فيها ، فقوله : (وَقِيلَ : لِلْمُعِيرِ) مقابل لقوله : (وإلا فالمعتاد في مثلها) .

والأول لمطرف وابن الماجشون ، والثاني : مذهب المدونة^(١) ففيها : ومن أذنت له أن يبني في أرضك أو يغرس ، فلما فعل أردت إخراجها إلا أن تعطيه ما أنفق ، فإما بقرب ذلك مما لا يشبه أن يعيره إلى مثل تلك المدة القريبة ، فليس لك إخراجها .

وقال في باب بعد هذا : قيمة ما أنفق وإلا تركته إلى مثل ما يرى الناس أنك أعرته إلى مثله من الأمد .

وإلى هذا أشار المصنف بقوله : (إِذَا أُعْطِيَ مَا أَنْفَقَ ، وَقِيلَ : قِيمَةً مَا أَنْفَقَ) .

وهذا الكلام من المصنف يدل على أنه حمل ما في «المدونة» على الخلاف ، وهو تأويل غير واحد ، وجمع بعضهم بينهما فقال : يعطيه ما أنفق إذا اشترى المستعير ذلك للعمارة ، وقيمة ما أنفق إذا كان ما أنفقه في ملكه ولم يشتر .

وقيل : ما أنفق إذا كان بالقرب جداً ؛ كالיום واليومين ، وقيمة ما أنفق إذا طال الأمد؛ لأنه تغير بانتفاعه ، وقيل : ما أنفق إذا لم يكن فيه تغابن أو كان فيه تغابن يسير ، ومرة رأى القيمة أعدل ؛ إذ قد يسامح مرة فيما يشتره ومرة يغبن فيه .

قال في «النكت»^(٢) : فهو على هذا الذي وصفنا لا يكون اختلاف قول .

ابن يونس : والثالث والأول محتملان ، وأما الثاني فخطأ ؛ لأنه إنما يعطيه قيمة ما أنفق يوم البناء ، فلا يراعي تغييراً ولم يتغير ، ولو عكس هذا لكان أولى ؛ لأن ما تقدم وتغير القيمة فيه يوم البناء متعذرة لتغيره ، ولا يقال : كيف كان حاله يوم البناء فيجب أن يعطيه ما أنفق لهذا ، وما كان بالقرب ولم يتغير فالقيمة فيه مخلصه ، فإذا أعطاه لم يظلم ؛ لأنها متوسطة .

وفي «مختصر حمديس» : إذا أعطاه ما أنفق ، يعطيه أجره مثله في كفايته ، ليس على قيامه فقط ؛ لأن رب الأرض قد يجد ما يتفق ويعجز عن القيام ، ولو نشأ ذلك من عجز عن القيام أن يعير أرضاً ، فإذا استوى البناء والغرس أخرجه وقال : هذه نفقتك .

(١) « تهذيب المدونة » (٤٠٩/٣) .

(٢) « النكت والفروق » (٦٠/٢) .

أبو الحسن : قالوا : وإذا أعطاه قيمته قائماً ، فمعناه على التأييد بخلاف أول مسألة كتاب الاستحقاق ، فإنه إذا أعطاه قيمته قائماً فإنه إلى تمام المدة ، قالوا : والفرق بينهما أن ما في الاستحقاق أن المستحق لم يأذن له وإنما أذن له غيره ، وهنا الإذن من رب الأرض .
تنبيهان :

الأول : قد تقدم في آخر الشركة أن ابن زرقون حصل في هذه المسألة ومسألة عارية الجدار لغرز الجذع ستة أقوال ، فانظرها .

الثاني : استقرأ ابن الهندي من المسألة هذه من قوله : (ليس لك إخراج في المدة القريبة) أن من أسلف رجلاً سلفاً ثم أراد تعجيل أخذه بالقرب فإنه ينظر إلى قدر ما ينتفع به في مثله ، فإن كان قدر ما ينتفع به من الأمد فإنه يقضي عليه وإلا فلا ، وهو منصوص أيضاً في «العتبية»^(١) .

وإذا تنازعا في العاربية والإجارة فالقول قول المالك إلا أن يكذبه العرف .

يعني : إذا ركب دابة رجل إلى بلد وادعى أنه أعاره إياها ، وقال ربها : بل اكتريتها مني ، فالقول قول ربها .
ابن راشد : مع يمينه .

ابن يونس : لأنه ادعى عليه معروفاً .

وقوله : (إلا أن يكذبه العرف) قال في «المدونة»^(٢) : بأن يكون ربها لا يكرى الدواب لشرفه وقدره ، وهذا هو المراد بقوله : (إلا أن يكذبه العرف) وليس المراد مجرد قوله : ولا يكرى عادة ، فإن هذا مقبول القول .

ذكر هذا في «النوادر»^(٣) عن أشهب فقال : وقال أشهب : القول قول المالك وإن كان ممن لا يكرى دابته ويحلف لقد أكرها ويحلف الآخر ما أكرها ويغرم قيمة الكراء ؛ وهذا ما لم يكن أكثر مما ادعاه صاحبها ، إلا أن يكون رجلاً شريفاً عظيم القدر يأنف مثله من كراء دوابه ، فيكون القول قول المستعير مع يمينه .

ابن عبد السلام : وهو معنى ما في «المدونة» .

(١) «البيان والتحصيل» (١٥/٣٢٢) .

(٢) «المدونة» (١٥/١٧٢) .

(٣) «النوادر والزيادات» (١٠/٤٦٢) .

وفي اللخمي : وقال ابن كنانة : إن كان صاحب الدابة ممن يعرف بكراء الدواب ولذلك حبسها وهي بضاعته حلف وأخذ الكراء إذا ادعى ما يشبه أن يستأجر به ، وإن كان ممن لا يعرف بكراء الدواب ولا ذلك عمله ، حلف الآخر أنها عارية ولا شيء عليه ، وحيث قلنا القول قول المالك في أنه لم يأذن إلا بعوض ، فهل يقبل قوله في مقداره ؟

قال في الجعل والإجارة : وإن ادعى رب المتاع أن الصانع عمله بإطلاق وقال الصانع : بل بأجر ، صدق الصانع فيما يشبه الأجر وإلا رد إلى أجر مثله .
وفي أكرية الدور : ومن أسكنته دارك ثم سألته الكراء ، فادعى أنك أسكنته بغير كراء ، فالقول قولك فيما يشبه من الكراء مع يمينك ، وقال غيره : على الساكن الأقل من دعواك أو من كراء المثل بعد أيمانها .

وَإِذَا اِخْتَلَفَا فِي النَّهْيَةِ ؛ فَإِنْ لَمْ يَرْكَبْ إِلَى الْأَبْعَدِ ؛ فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمَالِكِ .

يعني : إذا اتفقا على العارية واختلفا في النهاية ، فقال المعير مثلاً : أعرتكها من مصر إلى غزة ، وقال المستعير : بل إلى دمشق ، فإن لم يركبها المستعير إلى الأبعد أي إلى دمشق في المثال المفروض ، فالقول قول المالك مع يمينه ؛ لأن المستعير مدعى عليه الزيادة .
ابن عبد السلام : وجهوا عليه اليمين في هذه المسألة والتي قبلها مع أنهما من دعوى المعروف .

وفي توجيهها في هذا الأصل خلاف ، ونحو هذا المثال ما إذا تنازعا في طريقين إحداهما سهلة والأخرى وعرة ، وقال : أعرتني هذا الثوب شهراً ، وقال : بل يوماً ، وإذا حلف المعير يكون المستعير بالخيار بين أن يركبها إلى ذلك الموضع الذي حلف عليه أو يترك ، إلا أن يخشى منه أن يتعدى ويمضي بها حيث شاء فلا يسلم إليه إلا أن يتوثق فيه ألا يتعدى .

فإن ركب إليه فقال ابن القاسم : القول قول المستعير ، وقال أشهب في طرح الضمان : إلا في الكراء ، ويأخذ ما بينهما يمينه ...

أي : وإن ركب إلى دمشق في المثال المفروض ، فقال ابن القاسم في «المدونة» (١) :

القول قول المستعير إن ادعى ما يشبه مع يمينه ، واعلم أنه في «المدونة» لم يذكر أن ابن القاسم قال هذا ، بل قال : وجدت في مسائل عبد الرحيم عن مالك ذلك ، نعم ظاهر الحال أنه قائل بذلك ، وحكى في «البيان»^(١) عن ابن القاسم في «الدمياطية» أن القول قول المعير إذا اختلفا بعد الرجوع ، بخلاف إذا كان معه في سفر فاختلفا في الرجوع .

وخرجه اللخمي في أحد القولين في من دفع دنانير ليشتري بها طعاماً ، فاشترى له بها ثمرأ ، وقال الآخر : قمحاً ، أن القول قول الأمر ويغرمه الدنانير ، بل هو هنا أولى ؛ لأن المستعير قابض لحق نفسه .

اللخمي : ووجهه أن المعير واهب فلا يؤخذ بغير ما أقر به ، وقال أشهب وسحنون وابن حبيب : القول قول المستعير في طرح الضمان ، فإن هلكت فيما بين المسافتين لا يكون عليه شيء ؛ لأنه مدعى عليه تعمير ذمته لا في الكراء فإن القول قول المعير في الزائد .

سحنون : ويحلف المستعير ليسقط عنه الضمان ، ويأخذ الكراء .

وعلى القول الثاني : فإذا حلف المعير نظر ، فإن كان اختلافاً في زيادة المسافة أخذ كراء تلك الزيادة ، وإن كان في صعوبة أخذ كراء جميع تلك الطريق ، ويكون للمستعير أن يذهب بها إلى الطريق التي أقر بها ، قاله اللخمي .

ونوقش المصنف بأن قوله : فإن يركب إلى الأبعد يقتضي أنه لو وجده بين المسافتين أن يكون القول قول المعير ، وليس كذلك فإن المذهب لا يصدق إلا فيما زاد على المسافة التي وصل المستعير إليها إلا فيما زاد على ما ادعاه المعير ، وقد يقال هنا : يؤخذ حكمه مما إذا ركبها إلى الأبعد ، فلذلك لم ينبه المصنف عليه .

وعورض قول ابن القاسم وأشهب هنا بما في الجعل .

قال مالك : ومن استأجر فسطاطاً أو بساطاً أو غرائر أو آنية إلى مكة ذاهباً وراجعاً فادعى ضياع هذه الأشياء في البداية صدق في الضياع ولزمه الكراء .

ابن القاسم : ويلزمه الكراء كله إلا أن يأتي بيئته على وقت الضياع ، قال : وإن كان معه قوم في سفره فشهدوا أنه أعلمهم بضياع ذلك ، وطلبه بمحضهم حلف وسقط عنه

(١) «البيان والتحصيل» (١٥/٣١٦) .

من يومئذ حصة باقي المدة ، وقال غيره : القول قوله في رفع الضمان والكراء ، والمراد بالغير سحنون وعلى هذا كل من ابن القاسم وسحنون خالف أصله وفرق لابن القاسم بأن مسألة الجعل ذمته عمرت بعقد الكراء وهو مدع إسقاطه ، وهنا لم تعمر ذمته بشيء ، ورأى سحنون هنا أن المستعير مدع لمعروف زائد على ما أقرَّ به الواهب ولا يلزمه من المعروف إلا ما أقرَّ به .

وَهَذِهِ بَعَيْنَهَا - بَرَسُولٌ مُوَافِقٌ لِلْمُسْتَعِيرِ أَوْ مُخَالَفٌ - كَذَلِكَ .

يعني : وهذه المسألة بعينها إذا أرسل المستعير رسولاً فأعاره إلى مسافة ثم اختلف المعير والمستعير فالحكم للأول سواء صدق الرسول المستعير أو كذبه أو كذبها معاً ؛ لأنه إنما شهد على فعل نفسه ، واعلم أن ما ذكر من تساوي الحكم فهو بالنسبة إلى أشهب صحيح ، وأما عند ابن القاسم ففي «المدونة»^(١) : من بعث رسولاً إلى رجل ليعيره دابة إلى برقة ، وقال الرسول : إلى فلسطين ، فعطبت عند المستعير ، واعترف الرسول بالكذب ضمنها . وإن قال : بذلك أمرني ، وأكذبه المستعير ، فلا يكون الرسول شاهداً ؛ لأنه خصم ، وتمت المسألة هنا في أكثر الروايات ، وعليها اقتصر [البرادعي]^(٢) .

وزاد ابن أبي زيد في «مختصره» : والمستعير ضامن إلا أن تكون له بينة على ما زعم ، وصحت هذه الزيادة في رواية يحيى بن عمر وعلى هذه الزيادة فليس الحكم مستويماً ، ورأى بعضهم أنه يتخرج من هذه الضمان في مسألة عبد الرحيم .

وقال جماعة : بل المسألتان مفترقتان ، وإنما ضمن المستعير في هذه ؛ إذ لا يقطع بكذب المعير إذ لا حقيقة عنده مما قاله الرسول ، وفي مسألة عبد الرحيم : هو مكذَّبٌ للمعيرِ ذَكَرَهُ عِيَاضُ .

وَإِذَا تَنَازَعَا فِي رَدِّهَا فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُعِيرِ فِي مَا لَا يُصَدِّقُ الْمُسْتَعِيرُ فِي تَلْفِهِ .

أي : فيما يغاب عليه ؛ لأن المستعير مقر بالأخذ مدع للدفع ، قال في «الموازية» : وسواء قبضها بينة أو بغير بينة ، لا يقبل قوله في ذلك ، وفهم من كلامه أن المستعير يصدق فيما لا يغاب عليه ، وكذلك قال محمد : كل من يقبل قوله في التلف ، يقبل قوله في الرد ، يعني لو كان كاذباً في الرد لأمكنه أن يفيء إلى دعوى الضياع ، وقد علمت أن هذه القرينة ضعيفة في الوديعة ، ألا ترى أنه لا يقبل قول المودع في الرد مع أنه يقبل في الضياع .

(١) «تهذيب المدونة» (٤١٢/٣) .

(٢) في ط : البرادعي ، والمثبت هو الصواب .

كتاب الغصب

الغَصْبُ أَخْذُ الْمَالِ [قَهْرًا وَ] (١) عُدْوَانًا مِنْ غَيْرِ حِرَابَةٍ .

الغصب لغة : أخذ كل متملك ظلماً من غير رضا صاحبه ، فيتناول : السرقة ، والاختلاس ، والخيانة ، والحراة ، والتعدي ، ورسمه المصنف اصطلاحاً بقوله : (أَخْذُ الْمَالِ... إلى آخره) : فأخذ المال جنس ، وأخرج بالقهر ما أخذ من ربه اختياراً واستسراً ، كالسرقة والخيانة والاختلاس ؛ لأن القهر يستدعي أن يؤخذ ذلك بعلم صاحبه ، لا يقال : المختلس منه يعلم بأخذ المال ، فيدخل في كلام المصنف ، ويصير الحد غير مانع ؛ لأننا نقول : المختلس منه إنما يعلم بأخذ المال بعد الأخذ فلا ينطبق عليه القهر ، فإن القهر يستدعي علم المأخوذ منه بما قهر .

وأخرج بالعدوان ما أخذ قهراً لا عدواناً ، كأخذ الإمام الزكاة من الممتنع ، وكأخذ المغصوب منه المال من الغاصب ، ولما كانت هذه القيود تتناول الحراة .

قال المصنف : من غير حراة ليخرجها .

ولا خلاف في تحريم الغصب والإجماع عليه .

وَيُؤْخَذُ بِحَقِّ الْمَغْصُوبِ مِنْ مَالِ الصَّبِيِّ الْمُمَيِّزِ وَيُؤَدَّبُ ، وَكَذَلِكَ ثَمَنُ مَا أَفْسَدَهُ أَوْ كَسَرَهُ بِخِلَافِ ثَمَنِ مَا يَبِيعُهُ

يعني أن الغصب يتصور من غير البالغ كالبالغ ، ويؤخذ بحق المغصوب منه من ماله ولا خلاف في ذلك ؛ لأن إتلاف المال من باب خطاب الوضع لا يشترط فيه التكليف .

وقوله : (ويؤدب) فهم منه أن غير البالغ يؤدب من باب أولى ، ولا خلاف في تأديب البالغ .

قال في «المقدمات» (٢) : ولا يسقط ذلك عفو المغصوب منه .

وأما غير البالغ فقال ابن عبد السلام : ما ذكره المصنف هو ظاهر المذهب والمنصوص

للمتقدمين .

(١) سقط من ط .

(٢) «المقدمات» (٢/٤٩٠) .

وفي «المقدمات»^(١) : لا يؤدب من لم يبلغ الحلم لقوله عليه الصلاة والسلام : « رفع القلم عن ثلاثة »^(٢) الحديث ، وقيل : يؤدب كما في المكاتب .
 وقوله : (وكذلك ثمن ما أفسده) ابن عبد السلام : هذه المسألة عند أهل المذهب من باب التعدي لا من باب الغصب ، فإن المذهب التفريق بين حكمهما في الجملة وإن استويا في هذا الموضع .

ومراد المصنف بثمان ما أفسده المميز أو كسره هو مطلق العوض من مثل أو قيمة ، وذكر لفظ (ثمن) لتتم له المخالفة في ثمن ما يبيعه لفظاً كما ثبتت له معنى ، وذلك أنه إذا باع الصبي شيئاً من ماله وقبض ثمنه وأتلف ذلك الثمن فلا يلزمه بيع ، ويقضى على المشتري برد المبيع ولا يلزم الصبي شيء من الثمن ؛ لأنه خرج من يدره طوعاً بخلاف ما أفسده الصبي أو كسره ، فإن ذلك من غير تسليط من ربه ، نعم إن صان بذلك شيئاً من ماله لزمه الأقل مما صانه أو الثمن والمقابلة التي ذكرها المؤلف بين ما أفسده أو كسره ليست بحقيقة ؛ لأن الإفساد أعم من التكسير .

وفيها : فِي مَنْ بَعَثَ يَتِيمًا لِأَبَقٍ فَأَخَذَهُ فَبَاعَهُ وَأَتْلَفَ الثَّمَنَ يَرُدُّ الْعَبْدُ وَلَا عَهْدَةَ عَلَى الْيَتِيمِ وَلَا ثَمَنًا

ابن راشد : ذكر هذا استشهاداً لما ذكره ، ويحتمل أن يكون هذا استشكالا لعدم إمضاء البيع ، وهو إنما وضع يده عليه بإذن ربه .

وجعل ابن عبد السلام هذا أقرب من الأول ، وفيه نظر ، بل الأول أولى ؛ لأن هذا سؤال ضعيف ، فإن غايته أن يكون وكيلاً على حفظه ولا يلزم بيع الموكل على الحفظ .

وَأَمَّا غَيْرُ الْمُمَيِّزِ فَقِيلَ : الْمَالُ فِي مَالِهِ ، وَالِدَمُّ عَلَى عَاقَلَتِهِ ، وَقِيلَ : الْمَالُ هَدْرٌ كَالْمَجْنُونِ ، وَقِيلَ : كِلَاهُمَا

هذا مقابل قوله : المميز ، والأقوال الثلاثة حكاهما في «الجواهر»^(٣) كالمصنف ، وقوله : (والدم على عاقلته) أي إذا كانت الدية الثلث فصاعداً .

(١) « المقدمات » (٢/٤٩٠) .

(٢) تقدم تخريجه .

(٣) « الجواهر » (٢/٧٣٩) .

[وقوله] (١) : (وَقِيلَ : الْمَالُ هَدْرٌ كَالْمَجْنُونِ) أي والدم على العاقلة كما تقدم ، ويؤخذ من هذا أن ما أئلف المجنون هدر .

(وَقِيلَ : كِلَاهِمَا) أي هدر كالبهيمة والقول الأول أظهر ؛ لأن الضمان من باب الوضع الذي لا يشترط فيه التكليف .

محمد : وإن كان صغيراً يحبو فلا شيء عليه من عقل ، وهو كالبهيمة ، وقال ابن القاسم : إن أفسد شيئاً فإن كان ابن ستة أشهر ونحوها لا ينزجر فلا شيء عليه ، وإن كان مثل ابن سنة فصاعداً فذلك عليه .

قال في «العتبية» (٢) : ما أصاب المجنون الذي لا يعقل والصبي الصغير ابن سنة ونصف ونحو ذلك من فساد أموال الناس فهو هدر .

ابن عبد السلام : وجعل المصنف مورد الخلاف في هذه المسألة عدم التمييز ، وهو حسن في الفقه غير أن الروايات لا تساعد وإنما تعرضوا للتحديد في هذه المسألة بالسَّن فقول : ابن سنتين ، وقيل : ابن سنة ونصف ، وقيل : غير ذلك .

وَيَكُونُ التَّفْوِيتُ بِالْمُبَاشَرَةِ أَوْ بِإِثْبَاتِ الْيَدِ الْعَادِيَةِ .

أي : ويكون الضمان [عليه] (٣) ودل عليه السياق [ببينة] (٤) .

(بِالْمُبَاشَرَةِ) الباء للسببية (أَوْ بِإِثْبَاتِ الْيَدِ الْعَادِيَةِ) يحتمل أن يكون معطوفاً على قوله : (بِالتَّفْوِيتِ) ويكون للضمان سببان .

ويحتمل أن يكون معطوفاً على المباشرة ، أي يكون الضمان بسبب التفويت ، وسبب التفويت إما المباشرة وهو سبب محسوس ، وإما إثبات اليد العادية فعلى هذا يكون [للضمان سبب] (٥) واحد .

فَالْمُبَاشَرَةُ كَالْأَكْلِ ، وَالْقَتْلِ ، وَالْإِحْرَاقِ .

ابن راشد : وهو مجمع عليه أي بقتل الحيوان أو أكل الشيء المغصوب أو إتلافه بإحراق أو بغيره .

(١) سقط من ط .

(٢) «البيان والتحصيل» (١١/٢٧٨) .

(٣) سقط من ط .

(٤) سقط من ط .

(٥) في ط : الضمان بسبب .

وَأَثَابَتِ الْيَدَ الْعَادِيَةَ فِي الْمَنْقُولِ بِالنَّقْلِ ، وَفِي الْعَقَارِ بِالِاسْتِيْلَاءِ وَإِنْ لَمْ يَسْكُنْ .
(فِي الْمَنْقُولِ) أي في الحيوان والعروض (بِالنَّقْلِ) ، يعني فلو هلك بعد ذلك بسماوي
ضمينه .

(وَفِي الْعَقَارِ بِالِاسْتِيْلَاءِ وَإِنْ لَمْ يَسْكُنْ) ظاهر والاتفاق عليه ، ونبه على خلاف أبي
حنيفة - رحمه الله ورضي عنه - فإنه يرى أن مجرد وضع اليد ليس موجبا للتضمين بل
حتى ينضم إليه النقل .

فَلَوْ غَضِبَ السُّكْنَى فَأَنْهَدَمَتِ الدَّارُ لَمْ يَضْمَنْ إِلَّا قِيَمَةَ السُّكْنَى .

هذا يخصه أصحابنا بالتعدي ، فإن الغصب عندهم : هو غصب الذوات ، والتعدي :
هو غصب المنفعة أو إتلاف بعض السلعة ، ولا فرق في التعدي بين أن يتقدم له إذن
كالمستعير والمقارض والمستأجر أو لا يتقدم ، وسيأتي حكم التعدي إن شاء الله تعالى .
(لَمْ يَضْمَنْ إِلَّا قِيَمَةَ السُّكْنَى) لأنها هي التي تعدى عليها ، وهذا أحسن لو طردوه ،
ولكنهم قالوا في التعدي بالدابة المكان المشروط من مستعير ومستأجر : إنه يضمن الرقبة إن
هلكت وكل منهما لم يقصد ملك الرقبة .

فإن قيل : المتعدي على الدابة ناقل لها بخلاف المتعدي على الدار .

فجوابه : أنهم لم يعتبروا النقل في باب الغصب فينبغي في التعدي مثله .

وَيَكْفِي الرُّكُوبُ فِي الدَّابَّةِ وَالْجَحْدُ فِي الْوَدِيعَةِ .

أي : يكفي في وجوب الضمان في التعدي ركوب الدابة ، وقد تقدم أن مجرد وضع
اليد موجب للضمان فكيف بالركوب ، وقد تقدم الكلام على جحد الوديعة في محلها .

وَالْتَسَبُّ بِالْفِعْلِ الْمُهَيِّئِ لِسَبِّ آخَرَ مِثْلَهُمَا .

أي : مثل المباشرة وإثبات اليد العادية ، وحاصله : أن [مسبب] (١) السبب كالسبب
ولهذا أوجب الضمان على المكره غير إتلاف المال ، وعلى من حفر بئراً عدواناً فتردى فيها
إنسان أو بهيمة لأنه تسبب في فعل تهيأ به الهلاك ، وإلى هذا أشار بقوله [٢] :

(١) في ط : سبب .

(٢) سقط من ط .

فَيَجِبُ الضَّمَانُ عَلَى الْمُكْرَهِ عَلَى إِتْلَافِ الْمَالِ ، وَعَلَى مَنْ حَفَرَ بَشْرًا عُدْوَانًا فَتَرَدَّى فِيهَا
إِنْسَانٌ أَوْ بِهِيمَةٌ

ابن راشد : [ومن «النوادر»^(١) قال]^(٢) سحنون في عامل أكره رجلاً على أن يدخل بيت رجل ليخرج منه متاعاً ليدفعه إليه ، فأخرج له ما أمر به ودفعه إليه ثم عزل العامل ، وقام رب المتاع ، فله أن يأخذ بذلك من شاء منهما ، فإن أخذه من المأمور رجع به المأمور على العامل ، قال : وإن عزل الأمير وغاب رب المتاع ، فقام المأمور وقال : أنا آخذ بالمتاع ، فأغرمه لي أيها الأمير ، فإنه تعدى عليه .

ابن رشد^(٣) : وفي قوله (تعدى عليه) نظر ، والذي يوجه النظر أن يقضي له بتغريمه ، ولا يمكن منه ويوقف لصاحبه .

وفي «المبسوط» عن عبد الله بن عبد الحكم وأصبغ أنه لا شيء على المأمور المكره على ذلك ، ونحوه لابن سحنون قال : وإن أكره بقتل أو قطع فهو في سعة أن يأخذ ويضمن الأمير دون المأمور ، وإن أبى أن يأخذ حتى قتله فهو في سعة .

وقال سحنون : إذا أكره رجل آخر على أن يأخذ مالا لرجل آخر ، فيرمي به في مهلكة بوعيد بقتل أو سجن أو قيد ، وأذن له في ذلك ربه من غير إكراه فلا شيء عليه ، ولا على الذي أكرهه ، وإن كان ربه مكرهاً على الإذن في ذلك فالمكره الفاعل ضامن وإن كان عديماً فالضمان على الذي أكرهه ثم لا رجوع له على الفاعل إذا أيسر .

ابن عبد السلام : وظاهره أن المغضوب منه يطلب المكره أولاً ، فإذا غرم لم يرجع به على المكره المباشر .

وقوله : (وَعَلَى مَنْ حَفَرَ بَشْرًا عُدْوَانًا) تقدم ، والعدوان أن يحفر في ملك غيره أو في ملكه قصداً للإهلاك ، واحتراز به مما لو حفرها في ملكه لمصلحة .

فَإِنْ رَدَّاهُ غَيْرُهُ فَعَلَى الْمُرْدِي تَقْدِيمًا لِلْمُبَاشَرَةِ .

أي : فإن ردها غير فعل المردي تقديماً للمباشرة . لأنه المباشر فكان أقوى من التسبب ، وليس سبباً قوياً كالإكراه حتى يضمنا معاً كما تقدم .

(١) «النوادر والزيادات» (٣٧٤/١٠) .

(٢) سقط من ط .

(٣) «البيان والتحصيل» (٢٧٨/١١) .

ولهذا لو قوي السبب كانا متعادلين ؛ كما لو حفرها لإهلاك شخص بعينه ، ورداه غيره ، فإن كان إنساناً وجب القصاص عليهما وإن كان غيره ضمناه معاً قاله ابن راشد وابن عبد السلام .

وَلَوْ فَتَحَ قَفَصَ طَائِرٍ فَطَارَ أَوْ حَبَلَ دَابَّةً فَهَرَبَتْ ، أَوْ قَيْدَ عَبْدٍ فَأَبَقَ ضَمِنَ .

زاد في «الجواهر»^(١) : وسواء كان الطيران والهروب عقيب الفتح أو الحل أو بعد مهلة ، وكذلك السارق يترك الباب مفتوحاً وما في الدار من أحد ، فيذهب منها شيء .
وشرط في «المدونة»^(٢) في مسألة العبد أن يكون قيد خوف إياقه ، وهو شرط ظاهر ، ولو قيد لقصد النكال بالعبد لم يجب على حله منه ضمان وإنما ضمن في هذه المسائل ؛ لأن فعله سبب للإتلاف .

وَمَنْ فَتَحَ بَاباً عَلَى دَوَابِّ فَذَهَبَتْ ضَمِنَ ، وَقِيلَ : إِنْ لَمْ يَكُنْ فِيهَا أَهْلُهَا .

الأول : مذهب أشهب ، وشرط أن تكون الدواب مسرحة غير مربوطة واختاره جماعة .
والثاني : لابن القاسم في «المدونة»^(٣) وشبهها بمسألة السارق يدع الباب مفتوحاً وأهل الدار فيها نيام أو غير نيام ، فيذهب من الدار بعد ذلك شيء ، أنه لا ضمان على السارق وأما إن لم يكونوا فيها فإنه يضمن .

خليل : ويفرق لأشهب بأن لو لم نضمه في مسألة الدواب لزم ذهاب الدواب بغير غرم لأحد ، بخلاف مسألة السارق فإننا إذا لم نغرم السارق الأول غرمننا الثاني ، وتغريمه أولى لمباشرته ، والله أعلم .

وَمَنْ أَتْلَفَ مَغْصُوباً ضَمِنَ وَإِنْ لَمْ يَعْلَمْ ، وَلَوْ قَدَّمَهُ الْغَاصِبُ لِضَيْفٍ فَآكَلَهُ غَيْرَ عَالِمٍ ضَمِنَ وَلِصَاحِبِهِ بَرِيٌّ ، وَلَوْ أَكْرَهَ صَاحِبُهُ فَآكَلَهُ بَرِيٌّ .

تقدم أن الضمان من باب الوضع ، فلذلك يضمن من أتلف المغصوب ، وإن لم يعلم ، ولو كان مغروراً كما لو قدم الغاصب الطعام فأكله ظناً منه أنه ملك المقدم ، ولا يريد المصنف أنه لا يضمنه إلا الضيف ، بل هي مسألة هبة الغاصب يهب الشيء المغصوب وسيأتي .

(١) «الجواهر» (٧٤١/٢) .

(٢) «تهذيب المدونة» (٤٣٩/٣) .

(٣) «المدونة» (١٧٩/١٥) .

[وقوله]^(١): (وَلِصَاحِبِهِ بِرِيٌّ) أي وإن قدمه لصاحبه برئ ، وكذلك (لو أكره صاحبه) على أكله ؛ لأن ربه هو المباشر لإتلافه .

وينبغي أن يقيد هذا بما إذا كان المصوب منه قد هيا الطعام للأكل ، وأما إن هياه للبيع فينبغي أن يضمه الغاصب ؛ إذ هو غير معذور ، فإن انتفع بذلك سقط عنه مقدار أكله ؛ كما لو كان الطعام يساوي عشرة دراهم ، ومن عادته أن يكتفي بنصف درهم فيغرمه تسعة ونصفاً .

ابن عبد السلام : وقد قدمنا عن سحنون ما ظاهره في مسألة الإكراه أن المصوب منه يطلب المكروه أولاً ، فإذا غرم لم يرجع على المكروه المباشر ، وعلى هذا التقدير لا يبعد أن يقوم رب الطعام على الغاصب الذي أكرهه على الأكل ؛ لأن المتسبب في مسألة الإكراه مقدم في الضمان على المباشر .

فقوله : (مَغْصُوباً) من الغصب - كما ذكرنا - لا كما قاله ابن راشد (معصوماً) من العصمة فإن هذا لا إشكال فيه ولا يساعده السياق .

ابن راشد - بناءً على نسخته - : واحترز بالمعصوم من الخمر للمسلم ، ويضمها للذميّ خلافاً لابن الماجشون ، ولا يضمن ما نقص من آلة اللهو بكسرها ، ويضمن جلد الميتة بعد الدباغ ، واختلّف في ضمانه قبله ، فقال ابن القاسم وأشهب : يضمن ، وروى أبو الفرج : لا يضمن ، وقال أبو إسحاق : لا يضمن إلا أن يكون لمجوسي قاله ابن القاسم .

فروع :

الأول قاله مالك في «الواضحة» : من غصب حراً فباعه فإنه يكلف طلبه ، فإن يش منه ؛ قال : أدى ديبته إلى أهله .

قال في «البيان»^(٢) : ونزلت في طليطلة فكتب القاضي بها إلى محمد بن بشير قاضي قرطبة ، فجمع ابن بشير أهل العلم فأفتوا بذلك ، فكتب أن يغرمه ديبته .

الثاني : إذا جلس رجل على ثوب آخر في الصلاة ، فقام صاحب الثوب ، فانقطع الثوب ، فقال مطرف وابن الماجشون : لا ضمان على الجالس ، وهذا مما لا يبدل للناس منه

(١) في ط : قوله .

(٢) «البيان والتحصيل» (١١/٢٤٣) .

في صلاتهم ومجالسهم ، وقاله أصبغ قال : لأن الجالس لم يحصل منه غير السبب ، والقطع إنما حصل بمباشرة صاحب الثوب .

الثالث : قال الشيخ أبو محمد^(١) : وإن أخبر لصوصاً بمظمر أو أخبر به غاصباً ولولا دلالة ما عرف ، ضمنه بعض متأخري أصحابنا ولم يضمنه بعضهم .

وكذلك يضمن إذا أقر بالرق لغيره ، وباعه وهو ساكت ؛ لأنه أتلف الثمن على المشتري بسكوته ، إلا أن يكون صغيراً أو نحوه .

ويتخرج منه قول آخر بعدم الضمان مما إذا اعتدى على رجل وقدمه للسلطان ، والمتعدي يعلم أنه إذا قدمه إليه تجاوز في ظلمه وأغرمه ما لا يجب عليه .

ابن يونس : وقد اختلف في تضمينه فقال كثير عليه الأدب وقد أثم ولا غرم عليه ، وكان بعض شيوخنا يفتي إذا كان الشاكي ظالماً في شكواه غرم ، وإن كان مظلوماً ولم يقدر أن ينتصف منه إلا بالسلطان فشكاه فأغرمه وتعدي عليه ، لم يغرم ؛ لأن الناس إنما يلجؤون في المظلمة إلى السلطان ، وعلى السلطان متى قدر عليه رد ما أخذ ظلماً من المشكو ، وكذلك ما أغرمه الرسول هو مثل ما أغرمه السلطان ، يفرق فيه بين ظلم الشاكي وغيره ، وكان بعض أصحابنا يفتي بأنه ينظر للقدر الذي فيه يستأجر به الشاكي في إحضار المشكو ، فيكون عليه على كل حال ، وما زاد على ذلك مما أغرمه الرسول فيفرق فيه بين الظالم والمظلوم حسبما تقدم .

وَيَكُونُ لَعِينٌ وَمَنْفَعَةٌ ، فَالْعَيْنُ مِثْلِيٌّ وَمَقْوَمٌ - فَذَوَاتُ الْأَمْثَالِ مِنَ الْمَكِيلِ وَالْمَوْزُونِ
وَالْمَعْدُودِ ، وَجَمِيعُ الْأَطْعِمَةِ تُضْمَنُ إِذَا تَلَفَتْ بِمِثْلِهَا .

أي : ويكون الغصب ، وتصور كلامه ظاهر .

وقوله : (وَجَمِيعُ الْأَطْعِمَةِ) من عطف الخاص على العام ، وهو إذا لم يكن مكيلاً ولا موزوناً ولا معدوداً فهو جزاف داخل في المقومات .

وقوله : (إِذَا تَلَفَتْ) ليس التلف شرطاً في الضمان ويكفي فيه بعض أنواع التغيير كما

سيأتي .

فَإِنْ فُقِدَ الْمِثْلُ صَبَرَ حَتَّى يُوجَدَ ؛ عِنْدَ ابْنِ الْقَاسِمِ ، وَلَهُ طَلَبُ الْقِيَمَةِ الْآنَ ؛ عِنْدَ أَشْهَبَ
يعني : فإن كان المغصوب من ذوات الأمثال وتعدر الآن المثل كالأشياء التي لها إبان ، أو
غضب منه عسلاً ببلد ليس فيه عسل ، فلا شك أن له الصبر إلى وجود المثل ، وهل له
الآن طلب القيمة ؟

قال ابن القاسم في «المدونة»^(١) : ليس له ذلك ، وقال أشهب : له ذلك ، والخلاف هنا
كالخلاف في السلم في الفاكهة بعد خروج إبانها ؛ فإن ابن القاسم أيضاً قال : يصبر إلى
إبانته .

وقال أشهب : يؤخذ بالقيمة وليس له التأخير ويأخذه بالمثل ؛ لأن ذلك فسخ دين في
دين .

وأشار ابن عبدوس إلى تناقض قول أشهب لكونه أجاز له في الغضب التأخير ، قال :
وإنما ينظر فإن كان الموضوع يوجد في مثل الطعام على يوم أو يومين أو ثلاثة ، والأمر
القريب فليس له إلا مثل الطعام حتى يأتيه به .

وإن كان بعيداً مما على الطالب في تأخيره ضرر أو كان استهلك في لجج البحر وفي
فيافي بعيدة من العمران ، فهذا يغرم قيمته حيث استهلكه ويأخذه به حيث لقيه .
وقد يجاب لأشهب بأن التهمة على فسخ الدين في الدين تقوى في البيع ؛ لأنه واقع
اختياراً بخلاف الغضب ، فلذلك ضعفت فيه التهمة .

فَإِنْ وَجَدَهُ فِي غَيْرِ مَكَانِهِ وَهُوَ مَعَهُ بَعَيْنُهُ ؛ فَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ : لَمْ يَلْزَمَهُ إِلَّا مِثْلُهُ فِي مَكَانِ
الْغَضَبِ ، وَقَالَ أَشْهَبُ : لَهُ أَخْذُهُ أَوْ أَخْذُ مِثْلِهِ فِي مَكَانِ الْغَضَبِ ، قَالَ سَحْنُونٌ : مَا أَعْرَفْتُ
هَذَا ، وَقَالَ أَصْبَغُ : فِي الْبَعِيدِ كَابْنِ الْقَاسِمِ ، وَفِي الْقَرِيبِ كَأَشْهَبَ ، وَلَا خِلَافَ أَنَّ
الْغَاصِبَ يَمْنَعُ مِنْهُ حَتَّى يُوثِقَ مِنْهُ

تصور المسألة والأقوال من كلامه ظاهر ، فرأى ابن القاسم في «المدونة» أن النقل فوت
لأن الغاصب غرم على حملة مالا ، وقاعدة أشهب في هذا الباب أن يحمل على الغاصب
لظلمه ، وتفرقة أصبغ استحسان .

(١) «المدونة» (١٥/١٨١) .

وعلى قول ابن القاسم : إنه ليس عليه إلا مثله لمكان الغاصب ، فلو اتفق على أن يأخذه بعينه أو مثله بموضع نقله فيه أو يأخذ فيه ثمناً جاز بمنزلة القرض قبل قبضه [وقاله] (١) أصبغ .

قيل : ويسقط التعجيل لثلا يدخله فسخ الدين في الدين .

وحكى عن مالك منع أخذ الطعام مخالفاً للطعام المنقول ، وكذلك قال العراقيون : إن حكم طعام الاستهلاك حكم طعام البيع .

وقوله : (وَهُوَ مَعَهُ بِعَيْنِهِ) احترز لو لم يكن معه فإنه ليس له إلا مثله ببلد الغصب عند ابن القاسم ، وقال أشهب : له أن يغرمه مثله بالبلد الذي لقيه فيه إن كان سعر البلدين سواء أو كان سعر البلد الذي لقيه فيه أرخص .

وخرج اللخمي على قوله فيما إذا عدم الإبان فيما له إبان أن يكون له هنا أخذ القيمة إذا بعد ما بين البلدين .

وقوله : (وَلَا خِلافَ أَنَّ الغاصِبَ يَمْنَعُ مِنْهُ) أي من الطعام وشبهه من المثليات حتى يتوثق منه ، أي برهن ثقة أو بضمان .

فرع :

ولو أراد المغصوب منه تكليف الغاصب برد شيئه إلى مكان الغصب فليس له ذلك على المشهور خلافاً للمغيرة ، فإنه قال : إذا غصب خشبة من عدن وأوصلها إلى جدة بمائة دينار أن لربها أن يكلفه ردها إلى مكان الغصب ، وله أن يأخذها بعينها .

قال : وإن نقلها بوجه شبهة ، وقيمتها حيث وصلت أكثر من قيمتها في المكان الذي منه نُقلت فأراد ربها أخذها ، كلف أن يدفع لحاملها الأقل من كرائها أو ما زاد في قيمتها .

وذكر ابن حبيب في من استؤجر على حمل ينقله إلى بلد فنقل غيره خطأً أن لصاحبه تضمين الناقل أو أخذ ما نقله بعد أن يؤدي الكراء عند ابن القاسم ، ولا يلزمه عند أشهب ولا يلزم الحمال إعادته إلى موضعه ، وليس للحمال قول إن قال : أنا أردته إلى مكانه وعلى الحمال أن يرجع فيحمل ما استؤجر عليه .

اللخمي : قال أصبغ في «الواضحة» في هذا : إن صاحب الأحمال مخير بين أن يلزمه

(١) في ط : وقال .

ردها أو يأخذها ولا كراء له ، إلا أن يعلم أن صاحبها كان راغباً في وصولها فيكون عليه كراء المثل .

فَإِنْ أَتْلَفَ حُلِيًّا فَقِيْمَتُهُ ، وَقِيلَ : مِثْلُهُ .

يعني : أن في المثلي إذا دخلته صنعة فذهب ابن القاسم أنه يصير من المقومات ، ورأى غيره وهو في «المدونة»^(١) أيضاً أنه لا يتغير، ونحو هذه المسألة الغزل إذا استهلك وسيأتي .

وَلَوْ كَسَرَهُ أَخَذَهُ وَقِيْمَةَ الصِّيَاغَةِ .

أي : لو كسر الحلي أخذه وقيمة الصياغة ؛ لأنها كسلعة مضافة إلى عين الذهب أو الفضة ، هذا مذهب ابن القاسم في باب الغصب وفي الرهن .

وكان ابن القاسم يقول : إذا كسر الخللخالين فلإنما عليه ما نقصت الصياغة ثم رجع إلى أنه يغرّم قيمتها ويكونان له .

أبو عمران : وقوله : (ما نقصت الصياغة) و (قِيْمَةُ الصِّيَاغَةِ) سواء ، إنما يعني بذلك ما بين قيمتهما صحيحين ومكسورين .

ابن عبد السلام : ويحتمل أن يريد بقوله : ما نقصه فساد الصياغة من قيمة الجميع مصوغاً ، وهو ظاهر كلامه ، فيكون في المسألة ثلاثة أقوال .

ولأشهب في «الموازية» : عليه أن يصوغها له وهو أحب إلي من قيمتها أو مما تنقص وقد قال مالك فيها : وفي الجدار يهدمه : فإن لم يقدر أن يصوغها فعليه ما نقصها .

وانظر هل يأتي القول الذي في الرهن بغير ما نقص في الغصب أو لا ؟ وقد قال أبو الحسن لما تكلم على مسألة الرهن : أنزله فيما نقص منزلة المكتري أو المودع إذا تعدى ؛ لأنه مأذون لهما في الحوز فلا يغرّم إلا ما أتلف ، وأنزله في القول الآخر منزلة الغاصب ؛ لأنه ضامن لهما لو هلكا .

لَوْ أَعَادَهُ عَلَى حَالِهِ أَخَذَهُ بِغَيْرِ غُرْمٍ ، وَقِيلَ : فَثَمَنَهُ وَعَلَى غَيْرِهَا فَقِيْمَتُهُ .

يعني : فإن أعاد المصوغ بعد كسره مصوغاً فإما على حالته الأولى أو غيرها ، فإن كان على حالته الأولى فذكر ابن راشد قولين : والأول : لابن القاسم وأشهب ، والثاني لمحمد .

واختار اللخمي أن لا شيء عليه ، والثاني هو الجاري على مذهب من يرى أنه يلزمه في الصياغة قيمتها ، وإن أعاده على غير هيئته فعليه القيمة على قول أشهب أنه تلزمه إعادة المصوغ كما كان يلزمه ذلك هنا ، والله أعلم .

فَلَوْ اشْتَرَاهُ غَيْرَ عَالِمٍ بِغَضَبِهِ فَكَسَرَهُ ، وَرَدَّهُ عَلَى حَالِهِ لَمْ يَأْخُذْهُ إِلَّا بِقِيَمَةِ صَيَاغَتِهِ لِأَنَّهُ لَمْ يَتَعَدَّ

يعني : أن المشتري من الغاصب إن كان عالماً بالغصب فهو كالتغاصب ، وإن لم يعلم فتحكمه كالاستحقاق ، ولا يأخذه ربه إلا بقيمة صياغته ؛ لأنه لم يتعد في الكسر هكذا قال اللخمي وغيره .

ابن عبد السلام : وما ذكره المصنف في هذا الفرع هو منصوص عليه في الفرع بعينه وفي الدار يهدمها المشتري بخلاف الشاة يذبحها والثوب يقطعه والعصا يكسرها وشبه ذلك وهو مشكل .

وأصل المذهب أن كل ما أتلفه المشتري متعمدا فإنه يضمنه سواء انتفع أو لم ينتفع ، وما أتلف بأمر من الله فلا شيء عليه فيه ، وما أتلفه خطأ فقولان : أشهرهما أنه يضمن . فقول المصنف في توجيهه هذا الفرع : لأنه لم يتعد لا يكفي ، والله أعلم .

وَلَوْ طَحَنَ الْقَمَحَ فَمِثْلُهُ ، وَقَالَ أَشْهَبُ : وَلَهُ أَخْذُهُ بِغَيْرِ غَرْمٍ .

الأول : مذهب ابن القاسم في «المدونة» وغيره ، ورأى غيره أن الطحن فوت كالنقل ، وخيره أشهب بين المثل وأخذه مطحونا مجاناً ، حملاً على الغاصب على قاعدته ، هكذا حكى ابن يونس وغيره قول أشهب .

وفهم التخيير من كلام المصنف من قوله : (وَلَهُ أَخْذُهُ) فإنه في تقدير فله المثل وله أخذه بغير عوض والقولان لمالك ، واختار جماعة قول أشهب ؛ لأن الظالم أحق أن يحمل عليه ولهذا لم يجزه ابن القاسم بوجوب المثل ، بل قال في باب الغصب : ومن غصب حنطةً وطحنها دقيقاً فأحب ما فيه إلي أن يضمن مثل الحنطة .

وَلَوْ اسْتَهْلَكَ غَزْلاً فَقِيَمَتُهُ ، وَقِيلَ : مِثْلُهُ .

هو ظاهر وهو مبني على ما تقدم .

فرع :

ولو استهلك طعاماً ما في زمن الغلاء ثم حكم عليه في الرخاء ، فالمشهور أنه إنما يقضي بالمثل وقيل : بقيمته يوم الغلاء .

وأشار اللخمي إلى أن القول بتغريمه القيمة مخرج على القول بأن الغاصب يغرم أعلى القيم .

وَالْمَقُومُ كَالْحَيَوَانَ وَالرَّقِيقِ وَالْعُرُوضِ تَتَلَفُ بِأَفَّةِ سَمَاوِيَةٍ تُضْمَنُ بِقِيَمَتِهَا يَوْمَ الْغَصَبِ ، وَقَالَ أَشْهَبُ : بِالْأَكْثَرِ مِنَ الْغَصَبِ إِلَى يَوْمِ التَّلَفِ ...

لما ذكر أن المغصوب مثلي ومقوم ، وتكلم على المغصوب المثلي ، تكلم هنا على المقوم وذكر أنه يضمن بقيمته وهو المذهب ، ونقل الباجي (١) أنه روي عن مالك أنه يضمن بالمثلي وهو مذهب الشافعي وأبي حنيفة .

المازري : وهكذا وجد في نسخ من «المنتقى» ، وهو وهم منه ومن الرواة الذين ذكروا ذلك عنه .

وقوله : (تَتَلَفُ بِأَفَّةِ سَمَاوِيَةٍ) احتُرز به من التلف بجناية الغاصب أو غيره وسيأتي ، والمشهور كما قدمه أن القيمة تعتبر يوم الغصب .

وقال أشهب وابن وهب وعبد الملك : يضمن بالأكثر من يوم الغصب إلى يوم التلف ؛ لأنه في كل زمان غاصب ، ويدخل في المقوم المثلي الجزاف .

واختلف إذا طلب المغصوب منه في الجزاف أن يقضي له بمكيلة أو وزن يتحقق أن الجزاف المستهلك لا يقصر عنها - على قولين :

أحدهما : تمكنه من ذلك ؛ لأن الأصل القضاء فيه بالمثل ، وإنما عدل عن ذلك للقيمة لامتناع الاطلاع على حقيقة المائلة في المكيل والموزون ، فإذا طلب ما هو أقل من حقه لم يمنع من ذلك .

والقول الثاني : أنه لا يمكن من ذلك ؛ لأن نفس الاستهلاك أوجب القيمة ، فليس للمغصوب منه تغيير هذا الحكم .

(١) «المنتقى» (٦/٦٦) .

فَإِنْ أَتَلَّفَهُ أَجْنَبِيٌّ خَيْرٌ بَيْنَ الْقِيَمَةِ مِنَ الْجَانِيِ يَوْمَ الْجِنَايَةِ وَيَبِينُ مَا عَلَى الْغَاصِبِ .

يعني : وإن أتلف أجنبي المغصوب - يريد غير الغاصب - يوم الجناية ، فربه مخير إن شاء أخذ القيمة من الجاني يوم الجناية ، وإن شاء أخذ ما على الغاصب .
وأبهم المصنف في قوله : (وَيَبِينُ مَا عَلَى الْغَاصِبِ) قدر الإدخال على المشهور ومقابله :
وإنما خير ؛ لأن كل واحد منهما حصل منه سبب الضمان هذا بالغصب وهذا بالتلف .

بِخِلَافِ الْغَاصِبِ عَلَى الْمَشْهُورِ .

يعني : بخلاف ما إذا كان القتل من الغاصب ، فإن المشهور أنه لا تخيير لربه ، وإنما يأخذه بالقيمة يوم الغصب وهو قول ابن القاسم وأشهب .
وقال سحنون وابن القاسم في أحد القولين : وله أخذه بالقيمة يوم القتل كالأجنبي ؛
لأن القتل فعل ثان ومن حجة ربه أن يقول : لا أؤاخذه بوضع اليد وإنما أؤاخذه بالقتل .
ابن راشد : وهو أقيس .

ابن عبد السلام : وهو ظاهر إلا أن ابن القاسم لم يعتبر تعدد الأسباب في الضمان إذا كانت من فاعل واحد بل اقتصر على الأول منهما ، وحكى ابن يونس أن سحنون رجع إلى قول ابن القاسم .

تنبيه : ما ذكر المصنف من مخالفة إتلاف الغاصب لإتلاف الأجنبي على المشهور هو الصواب ، وقد ذكر في «المدونة» وغيرها ، وظاهر كلامه في «الجواهر»^(١) أنه لا فرق على المشهور بين جناية الغاصب وغيره .

ثُمَّ يَتَّبِعُ الْغَاصِبُ الْجَانِيَّ بِجَمِيعِ الْقِيَمَةِ .

يعني : إذا اختار المغصوب منه اتباع الغاصب ، وترك طلب الجاني فللغاصب إذا أخذت القيمة منه اتباع الجاني بجميع قيمة السلعة يوم الجناية ؛ لأن أخذ ربه قيمتها من الغاصب تمليك للغاصب لها .

وقوله : (بِجَمِيعِ الْقِيَمَةِ) أي إذا كانت مساوية لما أخذ منه أو كانت أقل مما أخذ منه .

أما إن كانت القيمة يوم الجناية أكثر فبها عليه بقوله :

(١) «الجواهر» (٢/٧٥٢) .

فَإِنْ كَانَ مَا أَخَذَهُ رَبُّهُ أَقَلَّ مِمَّا يَجِبُ لَهُ عَلَى الْآخِرِ فَثَالِثُهَا الْمَشْهُورُ : يَأْخُذُ الزَّائِدَ مِنَ الْغَاصِبِ لَا مِنَ الْجَانِي

يعني : فإن أخذ رب المصوب أقل القيمتين إما من الغاصب أو من الجاني فهل له أن يرجع على الآخر الذي لم يأخذ منه القيمة بتمام أكثر القيمتين ؟ في ذلك ثلاثة أقوال :

الأول : أنه يرجع ، وهو ظاهر قول أشهب .

والثاني : أنه لا يرجع ، وهو الذي يأتي على قول سحنون .

والثالث : الفرق ، وهو قول ابن المواز : ونص عليه في «المدونة»^(١) في أحد شقبي المسألة ، أعني أنه يرجع على الغاصب بالقيمة .

ونقل ابن يونس أنه اتفق على ذلك ابن القاسم وأشهب .

ابن المواز : لأنه يقول : إنما أخذت من القاتل ما يجب عليه للغاصب ولي على الغاصب أكثر منه ، فصار كغريم [الغريم]^(٢) .

وألزم على هذا بعض القرويين أنه لو كان للغاصب غرماء لم يكن هذا أحق بما أخذ من الغرماء ؛ لأنه إنما يأخذ ذلك على الغاصب من غريمه إلا أن يريد رفع الضمان عن الغاصب فلا يتبعه بقيمة ويكون أولى بما أخذ من الجاني من غرماء الغاصب .

وَعَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ فِي مَنْ سَاقَ سِلْعَةً فَأَعْطَاهُ غَيْرَ وَاحِدٍ فِيهَا ثَمْنًا فَأُتِلِفَتْ ضَمِنَ مَا أُعْطِيَ فِيهَا، وَقَالَ سَحْنُونُ : قِيمَتَهَا

ما حكاه عن ابن القاسم هي رواية عن مالك في «العتبية»^(٣) ، وزاد : إذا كان عطاء قد تواطأ الناس عليه ، ولو شاء أن يبيع به لباع ، وقال سحنون : لا يضمن إلا القيمة ؛ إذ هي من المقومات ، وقال عيسى : يضمن الأكثر من الثمن أو القيمة ، وجعله في «البيان»^(٤) تفسيراً لقول مالك ، قال : كذا هو منصوب لمالك ، فليس في المسألة إلا قولان وجعلها غيره ثلاثة على ظاهرها .

(١) «المدونة» (١٥/١٨٥) .

(٢) في ط : غريمي .

(٣) «البيان والتحصيل» (١١/٢٣١) .

(٤) «البيان والتحصيل» (١١/٢٣١) .

فَإِنْ وَجَدَهُ فِي غَيْرِ مَكَانِهِ ؛ فَثَالِثُهَا لِابْنِ الْقَاسِمِ : إِنْ كَانَ حَيَّوَانًا فَلَيْسَ لَهُ إِلَّا أَخْذُهُ ،
وَفِي غَيْرِهِ : يُخَيَّرُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ قِيَمَتِهِ فِي مَوْضِعِهِ .

تقدم كلامه في نقل المثلي ، وتكلم هنا على نقل المقوم ، وقد تقدم أن القول الثالث دليل على الأولين ، فيكون الأول ليس لربه إلا أخذه وهو قول سحنون .
والثاني : يُخَيَّرُ رَبَّهُ فِي أَخْذِهِ أَوْ أَخْذَ قِيَمَتِهِ فِي مَوْضِعِ غَضَبِهِ .

قال في «المقدمات»^(١) : وهو قول أصبغ وظاهر روايته عن أشهب ، وذكره ابن يونس والباجي^(٢) تصريحاً ، واختاره ابن المواز وقيده بالبلد البعيد عن محل الغصب .

والثالث : الفرق بين الحيوان والعروض فليس له إلا أخذ الحيوان ، ويخير في العروض ، ونسبه المصنف لابن القاسم تبعاً لابن شاس^(٣) .

وقال ابن عبد السلام : إنما هو رواية سحنون عن ابن القاسم عن مالك في «المجموعة» وفيه نظر لما ذكر عن ابن يونس .

نعم ذكر الباجي أن ابن القاسم رواه عن مالك في «المجموعة» ولا يلزم من ذلك أن يكون ابن القاسم لم يقل به .

قال في «المقدمات»^(٤) بعد ذكر الثالث : وهذا في الحيوان الذي لا يحتاج إلى الكراء عليهم ؛ كالدَّوَابِّ وَالْوَحْشِ مِنَ الرِّقِيقِ ، وَأَمَّا الرِّقِيقُ الَّذِي يَحْتَاجُ إِلَى الْكِرَاءِ عَلَيْهِمْ مِنْ بَلَدٍ فَحُكْمُهُمْ كَالْعُرُوضِ .

وحكى ابن زرقون وغيره عن ابن القاسم في «الموازية» قولاً آخر أن نقل الحيوان والعروض فوت يوجب له قيمة الحيوان والعروض يأخذ بها حيث لقيه .

فَلَوْ وَجَدَ الْغَاصِبَ خَاصَّةً فَلَهُ تَضْمِينُهُ .

يعني : (فَلَوْ وَجَدَ) المَغْصُوبَ مِنْهُ (الْغَاصِبَ) بِغَيْرِ بَلَدِ الْغَضَبِ ، وَلَيْسَ مَعَهُ الشَّيْءُ

المَغْصُوبِ .

(١) «المقدمات» (٤٩٢/٢) .

(٢) «المنتقى» (٢٧٣/٥) .

(٣) «الجواهر» (٧٤٧/٢) .

(٤) «المقدمات» (٤٩٢/٢) .

ابن راشد : فلا يختلف أن له تضمينه القيمة لما عليه من الصبر في الضرر ، وله الصبر إلى البلد ، لكن يكلف الغاصب الخروج مع المغضوب منه أو مع وكيله ليقبض منه المغضوب .

وَلَوْ رَجَعَ بِالِدَابَّةِ مِنْ سَفَرٍ بَعِيدٍ بِحَالِهَا لَمْ يَلْزَمَهُ سِوَاهَا عِنْدَ ابْنِ الْقَاسِمِ بِخِلَافِ تَعَدِّي الْمُكْتَرِي وَالْمُسْتَعِيرِ ، وَفِي الْجَمِيعِ قَوْلَانِ .

أي : (لَوْ رَجَعَ) الغاصب (بِالِدَابَّةِ مِنْ سَفَرٍ بَعِيدٍ) وأحرى القريب (بِحَالِهَا) ولم تتغير ، لم يلزم الغاصب (سِوَاهَا) فلا تلزمه قيمة الدابة ولا كراء تلك المسافة (بِخِلَافِ تَعَدِّي الْمُكْتَرِي وَالْمُسْتَعِيرِ) إذا زاد في المسافة زيادة بعيدة فإن ربها بالخيار ، فإن أحب أخذها وأخذ كرائها من موضع التعدي إلى غايته ، وإن أحب أخذ قيمة دابته من المكان الذي تعدى منه وله الكراء الأول في الكراء، وهكذا قال مالك في «المدونة»^(١) وفي «الموطأ»^(٢) .

قوله : (وَفِي الْجَمِيعِ قَوْلَانِ) يحتمل أن يريد في كل مسألة قولان : أحدهما قول ابن القاسم ويكون نبه بهذا على أن في كل مسألة قولين ، والمشهور متعاكس ، ويحتمل أن يريد : في كل مسألة قولان غير قول ابن القاسم ، ويكون في مجموع المسألة ثلاثة أقوال ، وإلى هذا ذهب ابن عبد السلام .

وأحد القولين : ليس لربها إلا الدابة في الغضب والتعدي معاً ، وليس له تضمين القيمة .

والقول الثاني : إنه مُخَيَّرٌ فِي الْجَمِيعِ بَيْنَ أَخْذِ الدَابَّةِ وَأَخْذِ قِيَمَتِهَا .

وفهم من قوله : (مِنْ سَفَرٍ بَعِيدٍ) أنه لو تعدى بها المستعير أو المكتري موضعاً قريباً أو زمناً قريباً ، أنه لا يكون له تضمين الدابة .

وفي الباجي : إذا أمسكها أياماً يسيرة زائدة على أيام الكراء فلا ضمان عليه ، وإنما له الكراء في أيام التعدي مع الكراء الأول ، قاله مالك وأصحابه .

فإن قلت : فما الفرق على قول ابن القاسم ؟

(١) «المدونة» (١٥/١٨٦) .

(٢) «الموطأ» (٢/٧٣٣) .

قيل : قال في «النكت»^(١) : لأن المستعير والمكتري إنما تعديا على المنافع لا على الرقاب ، فغرماء كراء تلك المنافع ، والغاصب إنما غصب الأعيان فلم تكن عليه قيمة المنافع ولو أنه قصد إلى غصب المنافع خاصة ، لكان عليه كراؤها مثل أن يريد دابة يكرهها إلى موضع ، فيأخذها غصباً مما يعلم أنه لم يقصد غصب الرقبة .

قال في «النكت»^(٢) : وينبغي في المكتري والمستعير إذا تعديا بالدابة المسافة وأصابها في ذلك عيب يسير فوجب لربها ما نقص العيب - أن يُسَقَطَ من كراء الزيادة على المسافة مقدار ذلك الجزء الذي نقص من قيمة الدابة مثل أن يكون نقصها العيب الخمس ، فيسقط من كراء الدابة الخمس أو الربع ، فيسقط من كراء الدابة ربعه وأبى هذا بعض شيوخنا من أهل بلدنا ، وهو صواب عندي فتأمله .

وَفِيهَا : لَوْ نَقَلَ الْجَارِيَةَ إِلَى بَلَدٍ ثُمَّ اشْتَرَاهَا مِنْ رَبِّهَا فِي بَلَدٍ آخَرَ جَازَ ، وَقَالَ أَشْهَبُ : بِشَرَطِ أَنْ تُعْرَفَ الْقِيَمَةُ ، وَيُبَدَّلَ مَا يَجُوزُ فِيهَا بِنَاءً عَلَى أَصْلَيْنِ : السَّلَامَةِ وَوُجُوبِ الْقِيَمَةِ .

أي : لو (لَوْ نَقَلَ) الغاصب (الْجَارِيَةَ) ، وتصور المسألة ظاهر من كلامه ، وهذه المسألة نص عليها في «المدونة»^(٣) في الصرف .

وقوله : (جَازَ) : أي الشراء بناء على أن الأصل سلامتها في موضعها ، ورأى أشهب أن قيمتها قد وجبت على الغاصب بوضع يده عليها ، فلا بد أن تعرف قيمتها ويشتريها بما يجوز له أن يشتري به تلك القيمة ، وبه قال سحنون ومال إليه ابن المواز ؛ لأن رفع العدوان كان من حق رب الجارية ، فليس من حقه عقد المعاوضة فيها على الضرر .

ودلت هذه المسألة على أنه ليس من شرط بيع المغصوب من الغاصب أن يخرج من يد الغاصب ويقيم بيد ربه مدة كما اشترطه بعضهم .

وَإِذَا حُكِمَ بِالْقِيَمَةِ مَلَكَهُ الْغَاصِبُ فَلَا رُجُوعَ لَهُ فِي مِثْلِ الْأَبْقِ عَلَى الْمَشْهُورِ ، فَإِنْ كَانَ قَدْ مَوَّهَ فَلَهُ الرَّجُوعُ

يعني : إذا زعم الغاصب أن العبد أبق أو ضلت الدابة وشبه ذلك ، ففضي عليه بالقيمة

(١) « النكت والفروق » (١٩٦/٢) .

(٢) « النكت والفروق » (١٩٦/٢) .

(٣) « المدونة » (٤٠٤/١١) .

ثم وجد الأبق ونحوه ، فإن كان قد تبين كذبه وهو معنى قوله : (قَدْ مَوَّهَ) أي أظهر خلاف ما كان فله الرجوع فيه ، أي وله أن يبقى على أخذ القيمة ، وإن لم يتبين كذبه وتبين صدقه ، فالمشهور أنه لا رجوع لربه فيه ، وتمضي المعاوضة .

وقيل : له الرجوع كما لو موهَّ بناءً على أن المعاوضة وقعت على غير المغصوب أو عن الحيلولة بينه وبين ربه ، فإذا وجدت زالت الحيلولة .

أشهب : ويحلف أنه لم يخفها عن ربه ، ولقد كانت فاتت من يده ، وتبقى له إذا كانت على الصفة التي حلف عليها .

أبو الحسن : وقوله تفسير .

قال في «المدونة»^(١) : إلا أن يظهر أفضل من الصفة بأمر بين ، فلربها الرجوع بتمام القيمة ، وكان الغاصب لزمته القيمة فجدد بعضها ، وقاله أشهب ، ومن قال : له أخذها ؛ فقد أخطأ كما لو نكل الغاصب عن اليمين في صفتها وحلفت على صفتك ثم ظهرت على خلاف ذلك ، كنت قد ظلمته في القيمة فيرجع عليك بما تزيد عليه ، لا يكون له رد الجارية .

وحكى اللخمي عن ابن القاسم في «المبسوط» أن للمغصوب منه رد القيمة وأخذ الجارية أعني إذا ظهر أن صفتها على خلاف ما حلفَ عليه .

ابن يونس : قال بعض الفقهاء : وينبغي أن لو أقرَّ الغاصب بخلاف ما غصب مثل أن يقول : غصبت جارية ويقول المغصوب منه : غصبت عبداً فكان القول قول الغاصب ثم ظهر أنه عبد ، أن له الرجوع فيه كالذي أخفى ذلك ؛ لأنه لم يغرم من قيمة الصفة شيئاً ، بخلاف العبد ، ويختلفان في الصفة .

وانظر : لو غصب جارية سوداء للخدمة قيمتها عشرون ، وقلت أنت : جارية بيضاء قيمتها مائة مما يصلح للوطء فالأظهر أن ذلك كجدد الصفة ، انتهى باختصار .

وَالْقَوْلُ قَوْلُ الْغَاصِبِ فِي تَلْفِهِ وَصِفَتِهِ وَمَبْلَغِهِ .

يعني : إذا اختلف الغاصب والمغصوب منه ، هل تلف الشيء المغصوب أم لا ؟ واختلفا في صفته أو مبلغه ، فالقول قول الغاصب ؛ لأنه غارم .

(١) «تهذيب المدونة» (٣/٢٩٨) .

وفي «المدونة» (١): وإن غضب جارية وأدعى هلاكها واختلفا في صفتها صدق الغاصب في الصفة مع يمينه إذا أتى بما يشبهه ، فإن جاء بما لا يشبه صدق المغضوب منه مع يمينه ، وكذلك نص مالك في «المدونة» (٢) وفي «العتبية» (٣) على وجوب اليمين على الغاصب إذا اختلفا في العدد .

ولم أر في الأمهات وجوب اليمين على الغاصب إذا ادعى التلف ، لكن نص فيها في الشيء المستحق أنه إذا كان مما يغاب عليه أنه يحلف إذا ادعى المشتري تلفه ، وكذا في رهن ما يغاب عليه ولا يمكن أن يكون الغاصب أحسن حالاً منهما ، وقد نص ابن عبد السلام على وجوب اليمين هنا في التلف .

وقال أشهب : يصدق الغاصب مع يمينه ، وإن ادعى ما لا يشبه كما لو قال : هي بكماء صماء .

وفي «العتبية» (٤) عن مالك في من غضب صرةً من رجل والناس ينظرون إليه وطرحها في متلف فادعى ربها عدداً وكذبه الآخر ولم يفتحها ولا يدري المنتهب كم فيها ؛ أو لم يطرحها ثم يختلفان ؛ أن القول قول المنتهب مع يمينه .

وقال مطرف وابن كنانة وأشهب : القول في هذا وشبهه قول المنتهب منه ، وإن ادعى ما يشبه أن مثله يملكه .

ابن يونس : يريد ويحلف ، وقد اختلف في يمينه كالذي يدعي على رجل مائة فيقول المطلوب : لا أدري ألك علي شيء أم لا ؟

فقيل : يأخذ المدعي ما قاله بغير يمين ؛ لأنه لا حقيقة عنده ولأن الشاك لو حلف لم يمكنه أن يحلف ، فيقضي أن لا فائدة في يمين المدعي للتحقيق ، وأما إذا ادعى طرحها ، ولم يفتحها فالقول قول المنتهب منه مع يمينه ؛ لأنه يدعي حقيقته وأما إن غاب عليها وقال : الذي كان فيها كذا ؛ فالقول قول المنتهب مع يمينه ، انتهى .

(١) «المدونة» (١٤/٣٥٠) .

(٢) «المدونة» (١٤/٣٥٠) .

(٣) «البيان والتحصيل» (١١/٢٣٢) .

(٤) «البيان والتحصيل» (١١/٢٣٢) .

وَلَوْ وُلِدَتْ ثُمَّ مَاتَ الْوَلَدُ فِي الضَّمَانِ فِيهِ : قَوْلَانِ لِابْنِ الْقَاسِمِ وَأَشْهَبَ ، وَلَوْ قَتَلَهُ
ضَمَّنَهُ....

يعني : إذا (وُلِدَتْ) الأمة المغصوبة ، فإن قتل الغاصب الولد ضمنه اتفاقاً ، وإن مات
بسماعي فقال ابن القاسم في «المدونة»^(١) : لا ضمان عليه فيه .

وقال في «كتاب ابن شعبان» : يضمه ؛ وهو قول أشهب وابن وهب وعبد الملك ،
وهم على تغليب شبه الوديعه في الولد أو الغاصب ؛ لأن الذي باشره الغصب إنما هو الأم
وحدها ، وكذلك اختلف أيضاً إذا ماتا معاً هل يضمن إلا الأم أو يضمهما ؟

ورجح قول ابن القاسم هنا بأن الغاصب إذا ضمن قيمة الولد فإنما يضمها يوم
الغصب ، فيقدر كأنه ملكها من يومئذ ، فيكون ولدها نشأ عن ملكه ، فإن ماتت الأم
وحدها فأشهب يقول : يأخذ ربهها قيمتها مع عين الولد ، وابن القاسم يقول : ليس له إلا
أخذ القيمة دون الولد أو أخذ الولد دون القيمة وإن وجدا معاً ، فاتفق ابن القاسم وأشهب
على وجوب ردهما معاً وهذا هو المعروف .

بل حكى صاحب «المقدمات»^(٢) اتفاق المذهب عليه ، ونقل غيره عن السيوري أنه قال :
الولد غلة لا يلزم رده .

وحيث أئزنا الغاصب قيمة الولد فالمعتبر في ذلك يوم الولادة ، ونص عليه أشهب في
«الموازية» .

وخرج اللخمي على القول بأن الغاصب يغرم أعلى القيم أي يغرم قيمة الولد يوم
الموت ، ورد بأن الولد قد قيل : إنه غلة لا يلزم رده لو كان موجوداً ، فلا يمنع أن يراعى
فيه هذا الخلاف .

وَإِذَا تَعَيَّبَ بِسَمَاوِيٍّ فَلَيْسَ لَهُ إِلَّا الْقِيَمَةُ أَوْ أَخْذُهُ بِغَيْرِ شَيْءٍ .

يعني : إذا تعيب الشيء المغصوب (بِسَمَاوِيٍّ) أي بأمر من الله لا بجناية الغاصب أو
أجنبي ، فربه مخير في أمرين لا ثالث لهما : إما أن يأخذ المغصوب منه (القيمة) يوم
الغصب أو يأخذه بعينه (بِغَيْرِ شَيْءٍ) أي بغير أرش العيب ؛ لأن المغصوب منه كان قادراً
على تضمين الغاصب جميع القيمة فتركها .

(١) «المدونة» (١٤/٣٥٢) .

(٢) «المقدمات» (٢/٤٩٧) .

ابن عبد السلام : وظاهر كلام المؤلف أنه لا فرق في العيب بين أن يكون يسيراً أو كثيراً وهو المشهور .

وحكي ابن الجلاب^(١) قولاً آخر أنه : لا يضمن المغصوب بحدوث عيب يسير .

عياض : ورجحه بعض المتأخرين من شيوخنا ، انتهى .

وفي «الموازية» : إذا غصب داراً فانهدم بعضها في يده ، أنه لا يضمن إلا قيمة ما انهدم أو يأخذه على ما هو عليه ، فإن انهدم جلها ضمن الغاصب قيمتها ، فقال اللخمي : هو مثل ما في «الجلاب» .

وزاد عليه المازري بأنه يحتمل أن يرى في هذا القول ثبوت الدار كسلع متعددة فلا يضمن جملتها بهلاك بعضها ، ورد بأنه لو راعى ابن المواز هذا لما فرق بين انهدام جل الدار وبين ما هو دون ذلك .

وحكى المازري قولاً ثانياً عندنا : إن للمغصوب منه في العيب الكثير أن يأخذ السلعة وقيمة ما نقصها .

وَبِجْنَايَةِ أَجْنَبِيٍّ - لَهُ أَخْذُهُ وَإِتْبَاعُ الْأَجْنَبِيِّ أَوْ أَخْذُ قِيَمَتِهِ مِنَ الْغَاصِبِ يَوْمَ الْغَضَبِ ثُمَّ يَتَّبِعُ الْغَاصِبُ الْجَانِيَّ

يعني : وإن تعيب المغصوب (بِجْنَايَةِ أَجْنَبِيٍّ) غير الغاصب ، فربه بالخيار في وجهين : إما أخذ عين شئيه ويتبع الجاني بقيمة الجناية وإما أخذ قيمته كاملة من الغاصب يوم الغضب ثم يتبع [الغاصب الجاني ، بما كان يتبعه به] ^(٢) ربُّ السلعة وليس لربِّ السلعة أن يُضْمَنَ الغاصب قيمة الجناية ، قاله في «المدونة»^(٣) .

وقيل : إذا كانت قيمتها يوم الغضب عشرين ونقصها القطع النصف فأخذها ربها وما نقصها وذلك عشرة - نظراً إلى قيمتها يوم جناية الأجنبى عليها - فإن كانت مائة وقيمتها مقطوعة خمسون أخذ ربها من الجاني خمسين فأعطى منها للغاصب عشرة وأخذ البقية .

ابن يونس : وهذا على مذهب أشهب أن الغاصب لا يربح .

(١) «الفرع» (٢٨١/٢) .

(٢) سقط من ط .

(٣) «المدونة» (٣٢٨/١٤) .

ابن عبد السلام : ولا شك في مخالفة هذا القول «للمدونة» ؛ لأنه مكن ربها من أخذ السلعة على ما نقصها .

وَأَنْكَسَارُ الثَّدِيِّينَ عَيْبٌ .

يعني : إذا غصب أمة قائمة الثديين فانكسرا فإن ذلك عيب يوجب لربها الخيار كما تقدم بين أن يأخذها ناقصة أو يضمن الغاصب قيمتها ، وهكذا نص عليه أشهب .

واستغنى المصنف بهذا الفرع عما في «المدونة» : إذا غصب شابة فهرمت عنده لاستلزام ما ذكره لذلك ، واستشكل بعضهم قول أشهب في انكسار الثديين من حيث إنه لم يجعل ما حدث من كبر ذاتها جابراً لعيب انكسار الثديين .

أَمَّا لَوْ نَقَصَ سَوْقَهَا مِنْ عَشْرَةٍ إِلَى دَرَاهِمٍ لَمْ يَلْزَمْ سِوَاهَا عَلَى الْمَشْهُورِ كَمَا لَوْ زَادَ

يعني : أنه اختلف إذا نقص سوق السلعة ، فالمشهور أنه لا خيار لربها وليس له سواها على المشهور ، والشاذ يرى أن نقص السوق كنقص الذات ؛ فيكون لربها الخيار وهو مروى عن مالك .

وحجة ابن يونس وغيره بأن نقص السوق - لا سيما في المثال الذي فرضه المصنف - لا يقضي على العيب اليسير أيضاً بأنه الجاري على المشهور في المتعدي على الدابة المكترة يزيد بها على مسافة الكراء ثم يردها على حالها أن لربها تضمينه قيمتها ؛ لأنه حبسها على أسواقها وقد تقدم ذلك .

وقوله : (كَمَا لَوْ زَادَ) استشهد للمشهور أي كما لا يعتبر زيادة السوق فكذلك لا يعتبر نقصه ، وليس المزداد التشبيه لإفادة الخلاف ، فإن الخلاف ليس بوجود في الزيادة وهكذا أشار إليه ابن عبد السلام .

وَفِي كَوْنِ جِنَايَةِ الْغَاصِبِ كَالْأَجْنَبِيِّ - قَوْلَانِ لِابْنِ الْقَاسِمِ وَأَشْهَبُ .

يعني : واختلف إذا جنى الغاصب على الشيء المغصوب جناية دون التلف هل ذلك كجناية الأجنبية ؟ فيتخير بين أن يأخذه بالغصب ويأخذه بقيمتها يوم الغصب أو يأخذه بالتعدي فيأخذ سلعته وأرش الجناية ، وإليه ذهب ابن القاسم واختاره مطرف وابن الماجشون وابن كنانة .

وقال أشهب : ليس لربه إلا أخذه على حاله بغير أخذ أرش الجناية أو أخذ قيمته يوم الغصب ، وهو اختيار محمد وإليه ذهب سحنون ؛ لأنه قال : يأتي قول ابن القاسم هذا خلاف ما قاله ابن القاسم في القتل .

وإلى هذه المعارضة أشار المصنف بقوله :

وَاسْتَشْكَلَ الْفَرْقُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الْقَتْلِ .

وذلك لأن ابن القاسم لم يلزم الغاصب إذا قتل المغضوب إلا القيمة يوم الغصب ولم يجعل قتله كقتل الأجنبي [فكان قياسه ألا يجعل جناية على ما دون النفس كجناية الأجنبي] (١) ، وفرق ابن القاسم بأن القتل إتلاف لجميع الذات ، وذلك موجب للتضمن فيضمن قيمة المغضوب يوم قطع يده عليه ، وأما قطع اليد وشبهه فإن عين المغضوب باقية وإذا بقيت عينه فقد يكون لربه غرض في عين شيئه .

وحكى الدياتي عن ابن القاسم التخيير في قتل الغاصب ، وإليه ذهب سحنون في «المجموعة» ثم رجع عنه .

وألزم ابن يونس سحنون على قوله : إن لرب العبد أن يطالب الغاصب بما نقصه القطع أن يقول بذلك لعله إذا كان القطع بأمر من الله لا سبب للغاصب فيه .

وَلَوْ قُتِلَ الْعَبْدُ قِصَاصًا ضَمَنَ .

أي : ولو قتل المغضوب بغير سبب الغاصب ضمنه بوضع اليد عليه ، ولو كان العبد هو الذي جنى قتل قصاصا .

وَلَوْ تَعَلَّقَ أَرَشُ بَرَقَبْتِهِ ؛ فَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ : كَعَيْبِ سَلْعَةٍ فَإِنْ أَخَذَ الْقِيَمَةَ فَلِلْغَاصِبِ إِسْلَامُهُ أَوْ فِدَاؤُهُ ، وَإِنْ أَخَذَهُ سَيِّدُهُ فَكَذَلِكَ ، وَقَالَ أَشْهَبُ : يَسْلَمُهُ السَّيِّدُ أَوْ يَقْدِيهِ أَوْ لَا ثُمَّ يَرْجِعُ بِالْأَقْلِّ مِنْ قِيَمَتِهِ أَوْ جِنَايَتِهِ

يعني : فإن جنى العبد المغضوب جناية وتعلق أرشها بربقته ، فذلك عيب حدث فيخير ربه بين تضمين الغاصب قيمته أو أخذه بعينه ؛ فإن اختار تضمينه صار الغاصب كالمالك ، فيخير في إسلامه أو فدائه بأرش الجناية ، وإن اختار رب العبد أخذه فكذلك ، أي فيخير في إسلامه أو فدائه ، ولا شيء لسيد العبد على الغاصب غير هذا .

وقال أشهب : يخير سيد العبد كما قال ابن القاسم في إسلامه أو فدائه ، وأي الوجهين اختاره كان له بعد ذلك الرجوع على الغاصب بالأقل من قيمة العبد أو أرش جنايته ؛ لأنه إذا كان الأرش أقل من القيمة فهو القدر الذي أدخله الغاصب فيه ، وإن كانت قيمة العبد أقل فلا يلزم الجاني إلا ذلك وهذا القول أيضاً لابن القاسم في «العتبية»^(١) .

قال في «البيان»^(٢) : ولا فرق في ذلك بين العمد والخطأ إذا كان العمد لا قصاص فيه بأن يكون على حر أو على عبد وفي الجراح المتألف كالمأمومة وأجائفة ، وكذلك إن كانت جنايته على عبد وفيها القصاص ، ولم يرد سيد العبد المجني عليه أن يقتص ، وأما إن اقتص سيد العبد المجني عليه من العبد المغضوب فيما دون النفس ، فليس لسيد المغضوب إلا أن يأخذ عبده كما هو أو يضمن الغاصب قيمته يوم الغضب ، انتهى .

وقال بعض الشيوخ : يحتمل قول أشهب على أن الجناية التي جناها العبد كانت خطأ ، فإذا خلص منها بغرامة أرشها لم يبق بعد ذلك عيب ، قال : وأما إن كانت عمداً فهو عيب لازم للعبد ولا يتصور هذا التوجيه فيه .

وإن صار العَصِيرُ خَمْرًا فَمِثْلُهُ .

أي : إذا غضب عصيراً فصار عند الغاصب خمراً ، فعليه مثل العصير ؛ لأن صفته انتقلت إلى ما لا يحلُّ [تملكه فيتعذر]^(٣) مثله .
قوله : (فَمِثْلُهُ) أي إن علم كيله وإلا فقيمه .

وخلَا خَيْرٌ فِيهِمَا .

أي : وإن صار العَصِيرُ خلًا (خَيْرٌ) في أخذ المثل أو أخذه بعينه ؛ لأنه إنما انتقلت صفته خاصة ، وقد يقال على مذهب من يعتبر في فوات المغضوب انتقال الاسم : إنه لا يكون عصيراً ، وقاله ابن عبد السلام .

وإن صار الخَمْرُ خلًا تَعَيَّنَ .

إنما يتعين في حق المسلم .

(١) «البيان والتحصيل» (١١/٢٦٧) .

(٢) «البيان والتحصيل» (١١/٢٦٨) .

(٣) سقط من ط .

أبو محمد : لأنها قد حلت وليس للغاصب فيها صفة يحتج بها .

بعض الشيوخ : وهو إنما يتمشى على قول من يجيز لصاحبها تخليلها .

وأما من يمنع ذلك فيلزمه أن يقول ببقائها ملكاً للغاصب ؛ لأنها كانت غير مملوكة للغاصب ، ولا لغيره حين كانت خمراً ، فإذا تخللت كانت كمن وضع يده على طائر لا ملك لأحد عليه .

إِلَّا أَنْ يَكُونَ لِدَمِي فَيُخَيَّرُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ قِيَمَتِهِ خَمْرًا عَلَى الْأَشْهَرِ .

(الأشهر) مذهب أشهب ، وهو الجاري على قول ابن القاسم : إن من غصب خمراً لدمي عليه القيمة ، ومقابلة لعبد الملك يتعين الخل كالمسلم ، وهو جار على قوله : إنه لا قيمة على المسلم إذا غصب خمراً من دمي .

اللكمي : واختلف بعد القول أن عليه القيمة في من يقومها ، فقال ابن القاسم : يقومها من يعرف القيمة من المسلمين ، وقال أيضاً : يقومها أهل دينه ، وبالأول أخذ سحنون .

وقيل : إن الخلاف مبني على خطابهم ، فعلى الخطاب لا يضمن المسلم الخمر لهم ، وعلى عدمه يضمن .

والأظهر أن المسلم يضمن لهم ذلك ، وإن قلنا : هم مخاطبون لأنهم أقرروا على تملكها .

وَإِذَا زَرَعَ الْبَدْرَ وَأَفْرَخَ الْبَيْضَ فَالْمِثْلُ ، وَقَالَ سَحْنُونٌ : الْفِرَاحُ لِلْمَالِكِ وَعَلَيْهِ أَجْرَةُ الْحَضَنِ

حاصله أنه اتفق على أن عليه المثل في زرع البدر ، واختلف في البيض ، والقول الأول لأشهب في «المجموعة» وقاسه على البدر .

[أشهب : وأحب إليّ لو تصدق بالفضل على البدر]^(١) ، وليس بواجب عليه الضمان .

ابن عبد السلام : وهو أظهر القولين عندي لا سيما والمحكي عن سحنون أن الغاصب إذا عالج المغصوب حتى تغير اسمه عنده ، كان للغاصب لا لربه .

وقال ابن راشد : وقول سحنون أقيس ؛ لأن الفراخ إنما خرجت من بيضة والزرع غير البذر ؛ لأنه يتغذى بماء الغاصب وأجزاء الأرض .

وَعَنْ أَشْهَبَ فِي مَنْ غَصَبَ دَجَاجَةً فَبَاضَتْ وَحَضَنْتُ بَيْضَهَا : فَلِلْمَالِكِ كَالْوَلَادَةِ ، فَإِنْ حَضَنْتُ غَيْرَ بَيْضِهَا أَوْ بَاضَتْ وَحَضَنْتُ غَيْرَهَا فَالِدَجَاجَةُ وَمِثْلُ الْبَيْضِ ، قَالَ مُحَمَّدٌ : وَعَلَيْهِ أُجْرَةٌ حَضْنَهَا .

هكذا نقل ابن يونس ونصه : قال أشهب في «المجموعة» و «الموازية» : ولو غصب دجاجة فباضت بيضاً وحضنت بيضها ، فما خرج من الفراخ فلربها أخذها معها ، وإن حضن تحتها بيضا له من غيرها فالفراخ للغاصب والدجاجة لربها ، وله فيما حضنت كراء مثلها .

ابن المواز : مع ما نقصها ، إلا أن يكون نقصاناً بينا فيكون له قيمتها يوم غصبها ، ولا يكون له من بيضها ولا من فراخها شيء .

ولهذا قال ابن عبد السلام : ما نسبه المؤلف إلى محمد أنه أوجب لربها أجر الحضن حكاه ابن يونس عن أشهب متصلاً بالكلام الأول ، وإنما الذي زاده ابن المواز أن لربها ما نقصها ، انتهى .

خليل : والظاهر من الكلام أن محمداً وافق على الأجرة ، واستشكل قول محمد : إن له أجر الحضن مع ما نقصها ؛ فإن غرامة ما نقص من الدجاجة يمنع من أن تكون له أجرة الحضن .

قال في «الموازية» : وإن غصب حمامة فزوجها حماماً له فباضت وأفرخت فالحمام والفراخ للمستحق ، ولا شيء للغاصب فيما أعانها ذكره من حضانة ، وللمستحق الحمامة فيما حضنت من بيض غيرها قيمة حضانتها ، أما ما حضنته غيرها من بيضها فقال محمد : إن له مثل بيض حمامته إلا أن يكون عليه في أخذ البيض ضرر في تكلفة حمام يحضنهم ، فله أن يغرم الغاصب قيمة ذلك البيض ، وقال سحنون : الفراخ أيضاً لصاحب البيض وللغاصب أجرة الحضانة .

اللخمي : فوجه الأول أنه غصب ما له مثل فكان القضاء فيه بمثله ، ووجه الآخر أن حكم البيض حكم الجنين .

ولابن القاسم في سماع سحنون في الرجل يأتي بحمامة أنثى والآخر بحمام ذكر على أن يكون الفراخ بينهما : أن الفراخ بينهما ، وفي الرجل يقول للرجل : احضن هذا البيض تحت دجاجتك فما كان من فراخ فهو بيننا ؛ أن الفراخ يكون لصاحب الدجاجة ولصاحب البيض بيض مثله .

وَإِذَا صَبَّغَ الثَّوْبَ خَيْرَ الْمَالِكِ بَيْنَ الْقِيَمَةِ وَالثَّوْبِ وَيَدْفَعُ قِيَمَةَ الصَّبْغِ ، وَقَالَ أَشْهَبُ :
وَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ فِي الصَّبْغِ ، أَمَّا لَوْ نَقَصَتْ قِيَمَتَهُ فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ وَلَا لَهُ إِنْ أَخَذَهُ

يعني : وإذا صبغ الغاصب الثوب فزادت قيمته أو لم تزد ولم تنقص فمذهب «المدونة» ؛ أنه يخير المالك بين أخذ قيمة الثوب يوم الغصب أو أخذ الثوب بعد أن يدفع قيمة الصبغ ، وقال أشهب : يخير بين أن يأخذ قيمة الثوب أو يأخذ الثوب بلا غرم .

وفهم كون أشهب يوافق على التخيير من إثبات الواو في قول المصنف : (وَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ فِي الصَّبْغِ) فَإِنَّ ذَلِكَ يَسْتَدْعِي تَقْدِيمَ مَعْطُوفٍ عَلَيْهِ وَهُوَ مَا قَدَّمَهُ .

ولعبد الملك في «الواضحة» مثل قول أشهب وله في «المبسوط» : التفرقة بأن كان صبغه شيئاً يسيراً فكذلك ، وإن كان كثيراً فلا يأخذه حتى يدفع قيمة الصنعة أو يضمن الغاصب ما غصب أو يكونان شريكين ، وأثبت ابن الماجشون في هذا القول الشركة ، واختلف عليه هل بقيمة الصنعة أو بما زادت ؟

ونص ابن القاسم على نفي الشركة هنا وبذلك على ما قيدنا به كلام المصنف من أن الثوب زادت قيمته ولم تنقص .

قوله في قسيم المسألة : (أَمَّا لَوْ نَقَصَتْ.. إِلَى آخِرِهِ) : وهو ظاهر ؛ لأن ذلك عيب فكان كسائر العيوب .

وَإِذَا ضَرَبَ الطِّينَ لَبْنَا ضَمَّنَ مِثْلَهُ .

لأنه انتقل بالصنعة ، وإنما يضمن المثل إن علم قدره وإلا فقيمه ، ويأتي على قول عبد الملك الآتي أن له أن يأخذ المطلوب بغير [عوض] (١) .

وَإِذَا ذَبَحَ الشَّاةَ ضَمَّنَ قِيَمَتَهَا ، وَقَالَ مُحَمَّدٌ : إِذَا لَمْ يَشُوها فَلَرَبِّهَا أَخْذُهَا مَعَ أَرْشِهَا .

تصور كلامه ظاهر .

ابن عبد السلام : وظاهره أنه ليس لربها في القول الأول إلا قيمتها ، وبعد ذبحها فاتت مطلقاً ، وهو ظاهر ما حكاه غيره .

وقال بعضهم عن ابن القاسم : إن ربها مخير بين أخذ قيمتها أو أخذها بعينها على ما هي عليه من غير زيادة ، وقول محمد هذا ، وهو محمد بن مسلمة بعيد عن أصل المذهب ، يريد : وكذلك الطبخ .

وَلَوْ غَصَبَ نُقْرَةً فَصَاعَهَا ضَمِنَ مِثْلَهَا ، وَقَالَ ابْنُ الْمَاجِشُونِ : لَهُ أَنْ يَأْخُذَ الْمَصْبُوغَ وَالْمَصْبُوغَ وَالْمَصْنُوعَ مَجَانًا إِذْ لَيْسَ لِعِرْقٍ ظَالِمٍ حَقٌّ .

أي : المصبوغ في مسألة الثوب ، والمصبوغ في النقرة ، والمصنوع في الطين ، ومعنى (مجاناً) باطلاً بغير شيء ، وهو ظاهر التصور .

وإن غصب ساجة أو سارية فله أخذها ولو بالهدم .

الساجة : الخشبية ، والسارية : العمود ، وما ذكره نحوه في «المدونة» ، وهو المشهور .
وقوله : (فله أخذها) يعني : وله أخذ القيمة .

ابن القاسم في «الموازية» : وله أخذها وإن بني عليها القصور .

ابن يونس : وقيل : ليس لربها أخذها إذا كان في ذلك خراب بنيان الغاصب ؛ لأن ما يدخل على الغاصب في خراب بنيانه أعظم مما يدخل عليه فيها إذا عملها تابوتا ، وإذا لم يكن له أخذها في ذلك فأحرى في هدم بنيان الغاصب .

وحكى ابن حارث هذا القول عن أشهب ، وزاد ابن القاسم وأشهب اتفاقاً على أن البناء المعتمد على الحجر المغصوب يقلع ، وإنما اختلفا فيما انتشر عنه وخرج عن اعتماده ، فقال ابن القاسم قولاً مجملاً : إنه يهدم .

وقال أشهب : إذا كان لا سبيل إلى انتزاع الحجر المغصوب إلا بهدم جميع البناء فإنه تجب القيمة لصاحب الحجر .

وأنكر المازري هذا التفصيل وقال : لم ينقله غيره ، وإنما المشهور في سائر الدواوين ذكر الخلاف في هدم بناء الغاصب قولاً مطلقاً فيما اعتمد على الحجر المغصوب أو لم يعتمد ، ولا يدرى أين وقف ابن الحارث على هذا التفصيل .

ابن القصار : وإذا رضي الغاصب بهدم بنائه لم تلزمه غرامة القيمة ، وإن رضي به المغصوب منه .

ومال اللخمي وعبد الحميد إلى منع الغاصب من الهدم إذا رضي رب الخشبة بأخذ قيمتها .

مالك في «الحاوي» : وأما من ابتاع خشبة فبنى عليها ثم استحقت فليس لربها قلعها ؛ إذ ليس الباني بغاصب .

وإذا بنى الغاصب خيراً المالك في أخذه ودفع قيمته منقوضاً بعد إسقاط كلفته ما لم يكن يتولاهما بنفسه أو بعبده

سكت عما إذا انتقضت لدلالة الكلام المتقدم عليه .

وإذا خصى العبد فزادت قيمته لم يضمن شيئاً ويعاقب .

وفي معني زيادته عدم زيادته ونقصانه نص عليه ابن شاس^(١) .

وفي «العتبية»^(٢) : من عدا على غلام فخصاه فزاد ثمنه ، يقوم على قدر ما نقص منه الخصاء .

قال في «البيان»^(٣) في باب الرد بالغيب : يريد إن لم يرد ربه تضمينه واختار حبه .

ومعنى قوله : (قدر ما نقص [منه الخصاء] قال في «البيان»^(٤)) [٥] : عند من لا رغبة له في الخصيان ، وقال سحنون : معناه أن ينظر إلى دني يُنقصه الخصاء فما نقص كان على الجاني ذلك في المجني عليه ، وقد تأول بعضهم ما في الجراحات من سماع ابن القاسم أن ينظر ما تقع الزيادة فيجعل نقصاناً ، فيكون عليه غرمه ، وذلك بعيد لا وجه له في النظر ، والذي يوجه النظر أن يكون عليه في الذكر أو الأنثيين قيمة ، وفيهما قيمته مرتين كالحرف في الدية قياساً على قول مالك في المأمومة والجائفة والمنقلة والموضحة أنه يكون عليه من قيمته

(١) «الجواهر» (٧٥٢/٢) .

(٢) «البيان والتحصيل» (٣١١/٨) .

(٣) «البيان والتحصيل» (٣١١/٨) .

(٤) سقط من ط .

(٥) «البيان والتحصيل» (٣١١/٨) .

بحساب الجزء من ديته ، وابن عبدوس يرى أنه إذا زاد الخصاص لا غرم عليه ولا يصح ذلك على المذهب ، وإنما يأتي على قول من يقول : لا شيء عليه في المأمومة وشبهها مما لا نقصان فيه بعد البرء .

وقول ابن عبدوس هو الذي اقتصر عليه المصنف تبعاً لابن شاس ، ولا إشكال في عقوبته .

وَلَوْ هَزَلَتْ الْجَارِيَةُ ثُمَّ سَمِنَتْ أَوْ نَسِيَ الْعَبْدُ الصَّنْعَةَ ثُمَّ تَذَكَّرَهَا حَصَلَ الْجَبْرُ .

هو ظاهر .

وَأَمَّا الْمَنَافِعُ فَإِنْ فَاتَتْ كَالدَّارِ يَقلعها ، والأَرْضُ يُورِّها ، والدَّابَّةٌ يُعندُّها ، والعَبْدُ لَا يَسْتُخْدِمُهُ - فَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ : لَا يَضْمَنُ ، وَقَالَ غَيْرُهُ : يَضْمَنُهُ وَصَوَّبَ

لما ذكر أولاً الغصب يكون لعين ومنفعة ، وتكلم على العين تكلم هنا على المنفعة ، يعني وأما المنافع فإن فاتت ولم يتفع بها الغاصب كالأمثلة التي ذكرها المصنف ، فقال ابن القاسم : لا يضمن ، وهو المشهور .

أبو محمد^(١) : لأنه كمن منعه من وطء أمته أو منع حرة أو أمة من التزويج .

وقال غيره : لأنه لم يغصب المنفعة ولم ينقلها لا يضمنها كما إذا سجن صاحبها ، وذهب مطرف وابن الماجشون وابن عبد الحكم وأصمغ وابن حبيب إلى الضمان ؛ لأنه أذهب مالاً عن مالكة ، فوجب أن يضمن قياساً على غصب العبد ، أما أنه مال فلأنه يجوز أخذ المال عنه ولو لم يكن لما جاز ذلك ، ومن هذا الخلاف فيمن غصب دنائير هل يضمن ما كان ربها ربح فيها ؟

وقد حكى اللخمي في من غصب دراهم أو دنائير هل يضمن ما يربح أو ما كان ربح فيها صاحبها ؟ ثلاثة أقوال : فقيل : لا شيء للمغصوب منه إلا رأس ماله ، استنفقها الغاصب أو أتجر بها فربح ، وهو قول مالك وابن القاسم .

وقيل : إن أتجر بها وهو موسر كان الربح له ، وإن كان معسراً كان الربح لصاحبها ، وهو قول ابن مسلمة وابن حبيب في الولي يتجر في مال يتيمه لنفسه فجعل له الربح إن كان موسراً أو لليتيم إن كان معسراً .

والقول الثالث أن للمغصوب منه قدر ما كان ربح فيها لو كانت في يده ، ذكرها ابن سحنون فيمن شهد بدين حال أن صاحبه آخر الغريم سنة ثم رجع عن الشهادة بعد محل الأجل والدين عينا أو مما يكال أو يوزن .

وحكى صاحب «المقدمات»^(١) الاتفاق على أن ربح الدراهم والدنانير للغاصب .

والخلاف الذي ذكره المصنف إنما هو مبني على المشهور أن الغاصب يرد الغلة ، وأما على الشاذ أنه لا يردها فلا إشكال أنه لا شيء عليه هنا .

ومعنى (يُبَوِّهَهَا) يمنعها من الحرث وعقل الدابة أي من غير عمل .

قوله : (وَصُوبَ) أي : صوبه ابن يونس .

فَإِنْ اسْتَعْلَلَّ أَوْ اسْتَعْمَلَ ضَمِنَ عَلَى الْمَشْهُورِ ، وَرُوِيَ : إِيَّا فِي الْعَبْدِ وَالذَّوَابِّ ، وَرُوِيَ : لَا يَضْمَنُ مُطْلَقًا

يعني : فإن استغل الغاصب أو استعمل ضمن الغلة على المشهور إذ لا حق للغاصب ،

وروي : لا ضمان عليه مطلقاً في الحيوان وغيره استغل أو استعمل لقوله عليه الصلاة والسلام : «الخراج بالضمان»^(٢) .

فإن قيل : هو خراج على سبب .

قيل : المختار والاعتماد على عموم اللفظ دون خصوص السبب ، وروي أنه يغرم غلة

الرباع والغنم والإبل والبقر دون العبيد والدواب .

ابن عبد السلام : وهو مذهب «المدونة» .

ولعل هذا القول الثاني في كلام المصنف ، ويحتمل أن يريد بالدواب مطلق الحيوان وهو

قول ابن المعدل ، وهو مذهب «المدونة» في باب الاستحقاق ؛ لأنه نص فيها في الباب

المذكور على أن الغاصب لا يرد غلة الدواب والعبيد ، خلاف ما نص عليه في باب

الغصب على ما نقله ابن عبد السلام .

والصحيح عند ابن العربي وغيره من المتأخرين ما شهره المصنف من وجوب الغلة

(١) «المقدمات» (٢/٤٩٨) .

(٢) تقدم تخريجه .

مطلقاً، وقد صرح المازري وصاحب «المعين»^(١) وغيرهما بشهرة ما شهره المصنف ، قال في «المقدمات»^(٢) : وقد اختلف في غلة المغصوب هل حكمها كالمغصوب أم لا ؟ فمن قال بالأول وهو أشهب يقول : تلزمه قيمة الغلة يوم قبضها أو أكثر ما انتهت إليه وإن تلفت بأمر من الله تعالى .

وأما القائلون بالثاني فاختلفوا في الغلة بعد اتفاقهم على أنها إن تلفت بينة أنه لا ضمان على الغاصب فيها وأنه إن ادعى تلفها لم يصدق وإن كان مما لا يغاب عليه ، وتحصيل اختلافهم أن الغلة ثلاثة أقسام :

أولها : متولد عنه على هيئته وهو الولد فيردها اتفاقاً .

والثاني : متولد عنه على غير هيئته وهي تمر النخل ولبن الماشية ففي وجوب رده قولان .

والثالث : أن تكون غير متولدة عنه ، وهي الأكرية والخرابات ففيه خمسة أقوال فذكر

الثلاثة التي ذكرها المصنف .

والرابع : يلزمه رد الغلة إن اكرى ولا يلزمه إن انتفع أو عطل .

والخامس : يلزمه إن اكرى أو انتفع ولا يلزمه إن عطل .

وفي إطلاقه على الولد غلة تسامح .

وهذا القول الأخير يستغنى عنه بما قدمه المصنف في الفرع المتقدم .

وَأَمَّا الْبُضْعُ فَلَا يَضْمَنُ إِلَّا بِاسْتِيفَائِهِ لَا بِفَوَاتِهِ ، فَفِي الْحَرَّةِ صَدَاقٌ مِثْلَهَا ، وَفِي الْأَمَةِ مَا

نَقَصَهَا ، وَكَذَلِكَ مَنْفَعَةُ الْحُرِّ

لما ذكر أولاً الخلاف فيما إذا عطل المنافع أخرج هذا من ذلك ، ولذلك أتى بأما المشعرة

بالتفصيل ، ومعنى كلامه أنه إذا منع الحرة أو الأمة من التزويج فلا ضمان عليه ، وإنما

يضمن بالإفاته بوطئها لا بحبسها من غير وطء .

ومقتضى كلامه أنه إذا غاب على الأمة ولم يطأها لا ضمان عليه .

قال في «البيان»^(٣) : وهو مذهب ابن القاسم ولم يفرق بين الرائعة وغيرها ، وقيل في

(١) «معين الحكام» (٢/٨٢٦) .

(٢) «المقدمات» (٢/٤٩٦) .

(٣) «البيان والتحصيل» (١١/٢٥٩) .

الجارية أنه يضمن قيمتها بالغيبة عليها حكاه في «الواضحة» عن مطرف وابن الماجشون ومالك وأصحابه ولم يفرق أيضاً في ذلك بين الرائعة وغيرها وقال أصبغ : يضمن إن كانت رائعة ؛ وقوله : بالتفرقة جيد .

وقوله : (وَكَذَلِكَ مَنَفَعَةُ الْحُرِّ) أي : لا يضمن إلا بالاستيفاء لا بالفوات .

وَلَوْ غَصَبَ مَا صَادَ بِهِ وَفَرَعْنَا عَلَى أَنَّ الْمَنَافِعَ لِلْمَالِكِ فَإِنْ كَانَ عَبْدًا فَالْصَيْدُ لِمَالِكِهِ اتِّفَاقًا ، وَإِنْ كَانَ كَالسَّيْفِ وَالشَّبَكَةِ وَالْحَبْلِ فَلِلْغَاصِبِ اتِّفَاقًا ، وَعَلَيْهِ أَجْرَةٌ مِثْلَهُ ، وَالْفَرَسُ كَالسَّيْفِ ، وَإِنْ كَانَ جَارِحًا فَعَلَى قَوْلَيْنِ بِنَاءٍ عَلَى التَّشْبِيهِ بِهِمَا

تقدم الكلام على ذلك في باب الصيد ، والمسألة الثانية لا تناسب هذا الفصل .

قوله : (لِمَالِكِهِ) أي لمالك العبد يريد على قول أن الغاصب يرد الغلة .

قوله : (وَعَلَيْهِ) أي وعلى الغاصب (وَالْفَرَسُ كَالسَّيْفِ) أي فالصيد للغاصب وعليه أجره مثله ، وإن كان ما صاد به كلباً أو بزازاً فعلى قولين بناء على التشبيه بهما ، أي بالعبد والسيف ، فمن شبهه بالعبد فالصيد لمالكه ، ومن شبهه بالسيف والشبكة فالصيد للغاصب وعليه أجره مثله .

وَإِذَا غَصَبَ دَارًا خَرَابًا أَوْ مَرْكَبًا خَرَابًا فَأَصْلَحَهُ فَاغْتَلَّ ، فَقَالَ أَشْهَبُ : مَا زَادَ فَلِلْغَاصِبِ ؛ كَسَاحَةِ يَغْمُرُهَا ، وَقَالَ مُحَمَّدٌ : الْجَمِيعُ لِلْمَالِكِ .
وافق أشهب أصبغ .

اللخمي : وهو أبين فيقوم الأصل قبل إصلاحه فينظر ما كان يؤاجر به من يصلحه فيغرمه وما زاد على ذلك فللغاصب .

اللخمي : ولا أعلمهم اختلفوا في من غصب أرضاً فبناها ثم سكن واستغل أنه لا يغرم سوى غلة انتفاعه .

ورأى محمد أن جميع الغلة للمغصوب منه ، وله أخذ الدار مصلحة ولا شيء عليه إلا قيمة ما لو نزعه لكانت له قيمة ، ورأى أن المالك يستحق البناء بقيمته منقوضاً ، فيكون مالكه فتكون غلته له ، وكذلك ما أخرجه في إصلاح المركب من قلفطته وزفته فلربه أخذ ذلك وجميع الغلة .

محمد : إلا مثل الصواري والأرجل والحبال وما أخذ له ثمن إذا أخذ فللغاصب أخذه إن كان بموضع لا غناء له عنه ؛ إذ لا يجد صاريا ولا أرجلا ولا حبلا إلا هذه ، أو لا يجد ذلك بموضع ينال حملة إليه إلا بالمشقة والمؤنة العظيمة ، وهو مما لا بد منه مما يجري به المركب حتى يرده إلى موضعه ، فربه مخير بين أن يعطيه قيمة ذلك بموضعه كيف كان أو يسلك ذلك إليه .

وعلى هذا ففي قول المصنف (الجميع للمالك) إطلاق ، وإنما مراد محمد ما ليس له عين قائمة مستقلة .

ابن عبد السلام : وقول محمد أظهر .

وقال ابن راشد : والأول أقيس ، ويعكس على قول محمد ما حكاه اللخمي في من غصب أرضاً فبناها .

وَحَيْثُ أُلْزِمَ الْغَاصِبُ الْغَلَّةَ فَمَا أَنْفَقَ عَلَى الْعَبْدِ وَالِدَابَّةِ وَسَقَى الْأَرْضَ وَعَلَّجَهَا وَنَحَوَهُ
يُقَاصُّ بِهِ ، فَإِنْ زَادَ لَمْ يَرْجِعْ

هذا مذهب ابن القاسم في «المدونة» وحاصله أنه يرجع بالأقل مما أنفق أو الغلة ، وقاله ابن القاسم في «الموازية» ثم رجع في «الموازية» وقال : لا شيء للغاصب واختاره ابن المواز . والأول أظهر ؛ لأن الغاصب وإن ظلم فلا يظلم ، ولأن الغلة إنما نشأت عن عمله ، فلهذا لو قيل : إنما يرجع فيما زاد عمله في الغلة لكان وجهاً حسناً ، وهذا في كل ما ليس للمغصوب منه بد كقطع العبد وكسوته ، وعلف الدابة .

وأما الرعي وسقي الأرض فإن كان يستأجر له أو كان في يده فكذلك ، وإن كان يتولاه بنفسه أو بعبد فلا شيء عليه ، وقاله أصبغ في سقي الشجر وحرث الأرض .

للخمي : وأرى أن يكون على الغاصب الأقل من ثلاثة : إجارة المثل فيما يتولاه الغاصب ، أو ما أجر به عبيده أو دوابه ، أو تسليم الغلة التي اغتلتها الغاصب .

فَلَوْ بَاعَ الْمَغْصُوبُ أَوْ وُورِثَ ؛ فَإِنْ عَلِمَ الْمُشْتَرِي فَكَالْغَاصِبِ .

يعني : فلو باع الغاصب المغصوب ، أو مات الغاصب فورثه ورثته ، (فإن علم المشتري) بذلك والوارث ، وفي بعض النسخ : (علم) فقط ، فيكون الفاعل أحدهما لا

على التعيين .

[قوله] (١): (فَكَالْغَاصِبِ) أي في لزوم رد الغلات ؛ لأنه لما علم بالغصب وجب عليه الرد ولا عذر له ، بل قال أبو عمران : وإنما يشترط علم المشتري وأما الوارث فإنما ينظر إلى معرفة الناس في ذلك .

وَإِنْ لَمْ يَعْلَمْ فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ - فِي السَّمَاءِ وَلَا فِي الْعَلَّةِ سَكَنَ أَوْ زَرَ أَوْ أَكْرَى - وَلَا عَلَى الْغَاصِبِ مِنْ حِينَ بَاعَ عَلَى الْمَشْهُورِ

وإن لم يعلم أحدهما ، أي المشتري والوارث فلا شيء عليه مما هلك أو نقص مما لا صنع لأحد فيه ، وهو مراده بالسماعي ، قال في «البيان» (٢) : باتفاق .

قوله : (ولا في العلة) ظاهره أن الغلات تكون للمشتري وللوارث إذا لم يعلم ، وهو صحيح في المشتري ، وأما وارث الغاصب فلا غلة له باتفاق سواء انتفع بنفسه أو أكرى لغيره .

فإن قيل : حكمهم للمشتري بالغلة دليل على أن الضمان منه ، وقولهم : لا ضمان عليه في السماعي يدل على أن الضمان ليس منه فما وجه الجميع ؟

قيل : إنما نفينا سبباً خاصاً من أسباب الضمان لا مطلق الضمان .

قوله : (ولا على الغاصب... إلى آخره) أي لا رجوع للمغصوب منه على الغاصب بالغلة من حين باع على المشهور ، وهما مبنيان على القولين فيما عطله الغاصب .

وفي الرجوع على الغاصب الواهب قولان .

أي : في الرجوع عليه بالغلة التي استغلها الموهوب له .

ابن عبد السلام : وهما كالقولين السابقين ، وهكذا نسب اللخمي لابن القاسم أنه لا رجوع على الغاصب في الهبة والتعطيل .

خليل : وفيه نظر ؛ لأن في «التهذيب» (٣) : ومن وهب لرجل طعاماً أو إداماً فأكله أو

ثياباً فلبسها حتى أبلاها ثم استحق ذلك فليرجع بذلك على الواهب إن كان مليئاً وإن كان

(١) سقط من ط .

(٢) «البيان والتحصيل» (١١/٢٤٦) .

(٣) «تهذيب المدونة» (٣/٣٠٥) .

عديماً أو لم يقدر عليه رجع بذلك على الموهوب له ثم لا يرجع الموهوب له على الواهب بشيء، وكذلك لو أعاره الغاصب هذه الثياب فلبسها لباساً ينقصها، فعلى ما ذكرنا ثم لا يرجع المستعير بما غرم من نقص الثياب على المعير، انتهى.

عياض: وقوله: (ومن وهب) معناه عندهم أن الواهب غاصب.

وقد صرح بذلك ابن يونس واللخمي في نقلهما فقالا: ومن غصب لرجل طعاماً...

إلى آخره.

ولهذا قال ابن راشد: الصواب الرجوع؛ لأنه هو الذي أتلّفها على ربها ونفي الرجوع مبني على أن الموهوب له هو المباشر، ولما لم يغرم لعذره بالشبهة لم يغرم للغاصب من باب أولى.

وَعَلَى الرَّجُوعِ إِنْ أَعْدِمَ، فَفِي الرَّجُوعِ عَلَى الْمَوْهُوبِ لَهُ قَوْلَانِ.

يعني: وإذا فرعنا (على الرجوع) بالغلة على الغاصب الواهب فلو أعسر الغاصب فقال ابن القاسم في «المدونة»^(١): يرجع المالك على الموهوب كما يرجع على الوارث الغاصب بجامع أن كلا منهما أخذ بغير عوض.

وقال أشهب في «الموازية»: الموهوب له إذا لم يعلم بالغصب كالمشتري لا يرجع عليه بالغلة.

تنبيه: ووقع في بعض النسخ عوض (أعدِم) (أغرم) بالغين المعجمة والراء المهملة والمعنى: إذا رجع على الغاصب بغلة الشيء المغصوب فهل يرجع الغاصب بذلك على الموهوب له؛ لأنه تبين أنه وهب شيئاً لا يملك أو لا يرجع؛ لأنه سلطه على ذلك؟ قولان.

وهذا الثاني هو الذي يأتي على قول ابن القاسم في «المدونة» والأول يأتي على غيره فيها، وسيأتيان عند قول المصنف: (والمشهور أنه بيد الغاصب).

وَلَوْ أَكَلُوهُ أَوْ لَبَسُوهُ فَأَبْلَوْهُ فَلِلْمَالِكِ تَغْرِيمُهُمْ قِيَمَتَهُ أَوْ مِثْلَهُ يَوْمَ لَبَسُوهُ، أَوْ تَغْرِيمُهُ

الغاصب، أو إمضاءً ببيع الغاصب.

الضمير في (أكلوه) وما بعده عائد على من حصل له المغصوب من جهة الغاصب وهو

(١) «المدونة» (٤٣٩/١٤).

وارثه وموهوبه والمشتري منه ونحو ذلك ، وإن أكل هؤلاء الطعام أو لبسوا الثوب حتى أبلوه ، فالمالك مخير في أمرين : إما أن يغرمهم قيمة المقوم ، ومثل المثلي يوم وضع اليد؛ لأنهم لا علم لهم بالغصب ، وإليه أشار بقوله : (يَوْمَ لَبَسُوهُ) وإما أن يغرم الغاصب القيمة أو المثل يوم الغصب ، وله وجه ثالث في البيع وهو إمضاء بيع الغاصب ؛ لأنه بيع فضولي ، وظاهر قوله : (فَلِلْمَالِكِ تَغْرِيمُهُمْ... أَوْ تَغْرِيمُ الْغَاصِبِ) أن المغصوب منه بالخيار ، وليس هو المشهور ، والمشهور أنه يبدأ بالغاصب كما سيأتي ، ولعل المصنف إنما أراد تعلق الغرامة بهم من حيث الجملة ولكن أطلق لما سيذكره .

واستشكل ابن يونس كون المشتري يضمن القيمة يوم اللبس فقال : وقيل : إن المشتري يضمن القيمة إذا لبسه فأبلاه يوم اللبس ، وهذا فيه نظر ؛ لأنه غير متعد وهو إذا لبسه يوماً أو أياماً ولم ينقصه ذلك لم يكن عليه شيء ، وإنما يضمن قيمته بالاستهلاك .

قال : والجواب أنه لما كان هلاكه بالانتفاع لم يفرق في ذلك بينه وبين المتعدي الغاصب ألا ترى أن ابن القاسم شبه ذلك بغلته ، فلذلك كان عليه قيمته يوم لبسه ، وكما لو كان ذلك عنده رهناً أو ودیعة .

وَكَذَلِكَ لَوْ قَتَلَ الْعَبْدَ ، فَإِنْ اخْتَارَ تَغْرِيمَهُ فَكَانَ أَقَلَّ مِنَ الثَّمَنِ فَفِي تَعْيِينِ مُسْتَحَقِّهِ مِنَ الْمُشْتَرِي أَوْ رَبِّهِ قَوْلَانِ لِابْنِ الْقَاسِمِ وَأَشْهَبَ

وكذلك أيضاً يكون المغصوب منه بالخيار إذا قتل المشتري العبد المغصوب فإن أخذ ربه القيمة منه يوم الجناية وكانت أقل من الثمن فاتفق ابن القاسم وأشهب أن الغاصب لا يستحق زيادة الثمن ، واختلفا في من يستحق تلك الزيادة هل المشتري أو المالك ؛ فقال ابن القاسم : يستحقها المشتري ؛ لأن البيع قد انفسخ بغرم المشتري قيمة ما اشتراه .

وقال أشهب : بل يرجع المالك بتلك الزيادة على الغاصب ويرجع المشتري بمقدار ما أدى .

ونقل ابن يونس عن أشهب مثل ما حكى المصنف عنه ونصه : وقيل عن أشهب : إذا باعها الغاصب - أي الأمة - بمائة وقتلها المتباع وقيمتها خمسون فأغرمه المستحق قيمتها خمسين ، فليرجع المتباع على الغاصب بما غرم للمستحق في ذلك وهو خمسون ويرجع المستحق أيضاً على الغاصب بالخمسين بقية الثمن الذي أخذها فيها ، قال : ولو كانت

قيمتها يوم الغصب مائة وعشرين ، فباعها الغاصب بمائة فقتلها المتباع وقيمتها حينئذ خمسون فأخذ المستحق قيمتها من المشتري على قول أشهب بما غرم وذلك خمسون ، ويرجع عليه المستحق بتمام القيمة يوم الغصب وذلك سبعون .

خليل : وجعل ابن عبد السلام ما نقله ابن يونس عن أشهب مخالفاً لما حكاه المصنف عنه ، وسبب ذلك أنه أسقط ما حكاه ابن يونس بعد قول أشهب فليرجع المتباع على الغاصب بما غرم للمستحق وفي ذلك خمسين .

قوله : (ويرجع المستحق على الغاصب بالخمسين بقية الثمن الذي أخذه فيها) ورأيت في نسخة مثل ما حكاه ، لكن وجدت في نسخ مثل ما حكاه : وبه يتفق نقله مع نقل المصنف ثم يلزم على ما حكاه ابن عبد السلام أن يكون في كلام ابن يونس إشكال وتناقض .

أما الإشكال ؛ فلأن قول أشهب على ما نقله أن الخمسين الباقية تكون للغاصب مشكل ؛ لأن الغاصب لا يربح وأما التناقض ؛ فلأن ما حكاه ثانياً عن أشهب يناقضه ، والله أعلم .

وَفِي كَوْنِ الْخَطَا مِنْهُ كَالسَّمَاوِيِّ أَوْ كَالْعَمْدِ قَوْلَانِ .

تقدم أن المشتري لا يضمن بالسماوي اتفاقاً ، وأشار المصنف في المسألة السابقة إلى أنه يضمن بالعمد ولا خلاف فيه .

واختلف في جنائته خطأ ، فقال ابن القاسم في «العتبية»^(١) : هو كالسماوي . وقال أشهب في «المجموعة» : يضمن به كالعمد ؛ وهو أقيس لأن العمد والخطأ في أموال الناس سواء .

واختلف في «المدونة» على أي القولين تحمل ، فجعل في «البيان»^(٢) ما في «العتبية» مفسراً له وحمل ما فيها من الضمان إذا قطع المشتري يدها على الخطأ .

وقال أبو الحسن : ظاهرها أنه لا فرق بين أن تكون الجناية عمداً أو خطأ .

وقال ابن عبد السلام : إنه ربما تأول على «المدونة» أنه عدم الفرق .

(١) «البيان والتحصيل» (٢٤٧/١١) .

(٢) «البيان والتحصيل» (٢٤٧/١١) .

وَلَا يُصَدِّقُ الْمُشْتَرِي فِي تَلْفٍ مَا يُغَابُ عَلَيْهِ ، وَيَحْلِفُ ثُمَّ يَغْرُمُهُ إِنْ شَاءَ .

هكذا في «العتبية» (١)؛ لأن فيها : ولو ادعى المتاع أنها هلكت صدق ، وفيما لا يغاب عليه من رقيق وحيوان ، ولا يصدق فيما يغاب عليه ويحلف بالله الذي لا إله إلا هو لقد هلكت ويغرم قيمته إلا أن يأتي بيينة على هلاكه من غير شبهة ، وكذا يفهم من «المدونة» .
 قيل : وإذا صدق في ما لا يغاب عليه فإنما ذلك إذا لم يظهر كذبه كالرهن والعواري .
 وقال أصبغ : يصدق في الضياع فيما يغاب عليه مع يمينه ، وإنما حلفناه فيما يغاب عليه على الأول مع إنا نضمنه له مخافة أن يكون قد غيبها .

ابن عبد السلام : وإذا بنينا على المشهور وضمننا فخرج بعضهم قولاً بعدم اليمين ، وإذا صدقنا المشتري في الهلاك ، فلا يرجع بالثمن على البائع منه ؛ لأن الضياع هنا كالهلاك ، وفاعل (ويحلف) عائد على المشتري وكذلك يغرمه ، وفاعل (شاء) عائد على المستحق .

فروع : ومتى يضمن ما يغاب عليه ؟ نقل ابن يونس عن غيره أن الأشبه إذا رئي الثوب عنده بعد شهر من يوم اشتراه وأدعى ضياعه لما استحق ، إنه إنما يضمن قيمته يوم رئي بخلاف الصانع والمرتهن يدعي ضياعه بعد أن رئي عنده بعد شهر ، فإنه يضمن القيمة يوم القبض والفرق أنهما قبضاه على الضمان ، فلما غيباه اتهما على أنهما إنما قبضاه ليستهلكاه فأشبهها المتعدي ، بخلاف المشتري فإنه إنما قبضه على أنه هلكت فلم يتهم .

وَالْمَشْهُورُ أَنَّهُ يُبَدَى الْغَاصِبُ عَلَى الْمَوْهُوبِ إِذَا أَكَلَهُ أَوْ أَبْلَاهُ .

لاشك إن علم الموهوب له بالغصب أنه كالغاصب يتبع صاحبه أيهما شاء ، وإن لم يعلم فالمشهور وهو مذهب ابن القاسم في «المدونة» أنه يبدأ بالغاصب ؛ لأنه كالمسلط للموهوب له ، فيرجع عليه بقيمة الموهوب وغلته على القول بالرجوع بها أولاً ، فإن كان عديماً رجع على الموهوب له .

قال في «البيان» (٢) : وإذا رجع بها أولاً على الغاصب ، فلا رجوع له على الموهوب له ، وإن رجع أولاً على الموهوب له رجع على الغاصب إذا يسر ، وقال [ابن القاسم] (٣) في كتاب الاستحقاق من «المدونة» (٤) : يرجع أولاً على الموهوب له ؛ لأنه المباشر .

(١) «البيان والتحصيل» (١١/٢٣٩) .

(٢) «البيان والتحصيل» (١١/٢٤١) .

(٣) في ط : غير ابن القاسم .

(٤) «المدونة» (١٤/٣٦٠) وهو في كتاب الغصب ، وليس الاستحقاق .

ابن رشد^(١): فإن لم يكن له مال رجع على الغاصب ، فإن رجع على هذا القول على الغاصب رجع الغاصب على الموهوب له ، وإن رجع على الموهوب له لم يرجع على الغاصب بشيء عكس الأول .

ولأشهب قول ثالث أن المالك بالخيار في اتباع أيهما شاء ، واختاره ابن المواز وسحنون .
اللخمي : ولا خلاف أن له تغريم الغاصب ؛ لأن هبته لا تسقط المطالبة عنه عند علم الغصب ، وإن أحب أن يبتدئ بالموهوب فالأقوال الثلاثة ، وإن كان الغاصب معسراً فله أخذ المستهلك اتفاقاً ، انتهى .

أشهب : بناء على قوله : (ويطلب الغاصب بالقيمة يوم الغصب) أو يطلب الموهوب له بالقيمة يوم إتلافه ما أتلف ، فإن كانت قيمته يوم الغصب عشرين ، وقيمه يوم الإتلاف ثلاثين ، فاختار اتباع الغاصب فأخذ منه عشرين ثم يرجع على الموهوب له بالعشرة الباقية .
واحتج أشهب على قول ابن القاسم بموافقه إياه ، على أن المشتري من الغاصب إذا لم يعلم بالغصب ، فهو كغريم ثان يتبع المالك إن شاء الغاصب ، وإن شاء المشتري إذا أتلف ، والفرق لابن القاسم إذا ابتداء تضمين المشتري كان للمشتري الرجوع على البائع ، وهو الغاصب أولاً ، كذلك الموهوب له فإنه إذا غرم قيمة المعصوب لم يكن له رجوع البتة على أحد ، ومقابل المشهور في كلام المصنف يحتمل أن يريد به الثاني .

ابن عبد السلام : وهو الأقرب لعدم إشعار كلام المؤلف بالتخيير ، ويحتمل أن يريد به قول أشهب .

(١) « البيان والتحصيل » (١١/٢٤١) .

كتاب الاستحقاق

الاستحقاقُ : فَإِنِ اسْتَحَقَّتِ الْأَرْضُ مَزْرُوعَةً بَعْدَ إِبَانِ الزَّرْعَةِ فَلَا شَيْءَ لِلْمَالِكِ فِيهِ زَرْعَهَا أَوْ أَكْرَاهَا

يريد : إذا كان الزارع زرع بوجه شبهة ؛ كالمشتري أو المكتري إذا لم يعلم ، وسواء تولى زراعتها بنفسه ، أو أكرها ، وإنما لم يكن للمالك شيء ؛ لأن الخراج بالضمان . ولهذا قال ابن القاسم : في من كان في يده أرض بميراث فأكرها ثم أتى رجل فأثبت أنه أخوه ، إن له أن يرجع عليه بحصته من الكراء ، وإن لم يعلم ؛ لأنه لم يكن ضامناً .
تنبيه :

لم يتعرض المصنف لما إذا كان الزارع لها غاصباً ، ولنذكره باختصار ، فنقول : إن قام رب الأرض بعد الحرث وقبل الزراعة ، ففي اللخمي وغيره أنه يأخذه بغير شيء . وقال ابن عبد السلام : [بل] ^(١) يأخذه بغير شيء على أظهر القولين في تزويق الجدار وشبهه ، وإن كان قيامه بعد الزراعة وقبل ظهور الزرع ، أو بعد ظهوره ، وقبل أن يتنفع به فله أن يأمره بقلعه أو يأخذه .

ابن القاسم وأشهب : بغير ثمن ولا زريعة ولو اتفقا على إبقائه في الأرض بكراء ، فمنع منه ابن المواز ؛ لأنه يؤدي إلى بيع الزرع قبل بدو صلاحه ، ورأى أن المالك لما كان قادراً على أخذه مجاناً وأبقاه لزراعته بكراء ، كان ذلك الكراء عوضاً عنه في المعنى ؛ فهو يبيع له على التبقية .

وخرج على قول من يرى أن من ملك أن يملك لا يعد مالكاً قول بالجواز ، وإن كان قيامه بعد أن بلغ الزرع مبلغاً يتنفع به ، ولم يخرج إبان الحراثة ، فله أن يأمره بقلعه ، وهل له أن يعطي الغاصب قيمته مقلوعاً ويبقيه لنفسه قولان .

للخمي : والقول بأن له ذلك أصوب ؛ لأن نهييه عليه الصلاة والسلام عن بيع الثمار قبل بدو الصلاح على البقاء إنما هو لأنه يزيد للبقاء ثمناً ، ولا يدري هل يسلم أم لا ،

(١) سقط من ط .

وهذا يدفع قيمته مطروحاً ، وإن كان قيامه بعد خروج الإبان فقال مالك : الزرع للغاصب وعليه كراء الأرض ، وليس لرب الأرض قلعه .

اللخمي : وهو المعروف من قوله ، وذكر رواية أخرى أن للمستحق أن يقلعه ويأخذ أرضه لقوله عليه السلام : « ليس لعرق ظالم حق » (١) .

وروي أيضاً عن مالك : الزرع للمغصوب منه الأرض وعليه نفقته وإن طاب وحصد .
واختار هذه الرواية الثالثة غير واحد لما في الترمذي : « من زرع أرضاً لقوم بغير إذنه فالزرع لرب الأرض وعليه نفقته » (٢) .

عبد الحق (٣) : واعلم أن ما جرى من قوله : يكلف الغاصب القلع إذا كان في إبان الزرع ، إنما يعني أن إبان الشيء المزروع فيها لا غيره ، فإذا فات إبان ما يزرع فيها فليس لرب الأرض تكليف الغاصب القلع وإن كان يمكنه أن يعمل فيها مقتاتاً أو شيئاً غير الذي زرع فيها ، وهذا لأصيح مبين في « المستخرجة » ، وهو معنى ما في « المدونة » ، وكذلك حفظت عن بعض شيوخنا القرويين .

فَإِنْ كَانَ فِي إِبَانِهَا أَوْ كَانَتْ تُزْرَعُ بَطُونًا فَلِلْمَالِكِ الْخِيَارُ فِي أُجْرَةِ الْمِثْلِ مِنْ حِينَ
وُجُوبِهِ أَوْ نَسْبَةِ مَا بَقِيَ

فإن كان قيام المستحق على الزراع بوجه شبهة في إبان الزراعة أي في وقت الزراعة أو كانت الأرض تزرع بطوناً في العام الواحد ، ولم يستوف تلك البطون ، فالمالك مخير في وجهين : إما أخذ كراء المثل من وقت وجبت له الأرض وقضي له بها ، وإما أن يكون له نسبة ما بقي من مدة الكراء من حساب الكراء الذي أكرهاها به المستحق من يده .

وحاصله أن للمستحق الأكثر، وما ذكره المصنف خلاف ما في « المدونة » (٤) ؛ ففيها : قال

(١) أخرجه أبو داود (٣٠٧٣) والترمذي (١٣٧٨) وأبو يعلى (٩٥٧) والبزار (١٢٥٦) والبيهقي

في « الكبرى » (١١٣١٨) من حديث سعيد بن زيد ، وصححه الألباني - رحمه الله - .

(٢) أخرجه أحمد (١٥٨٥٩) من حديث رافع بن خديج رضي الله عنه ، وصححه الألباني

رحمه الله .

(٣) « النكت والفروق » (٢٠٠/٢) .

(٤) « المدونة » (٣٦٨/١٤) .

ابن القاسم : وإن كانت أرضاً تزرع في السنة مرة فاستحقها ، وهي مزروعة قبل فوات إبان الزرع ، فكراء تلك السنة للمستحق وليس له قلع الزرع ؛ لأن المكتري زرع بوجه شبهة .
وقال عبد الملك : إن قدر ما مضى للمشتري ؛ لأن بقاء الزرع ذلك الأمد قبل مجيء هذا له قدر بما ذكره المصنف ، قول عبد الملك : ووجه ما في «المدونة» أن ربها كان قادراً على زرعها لولا زرع هذا .

فرعاً :

الأول : ما ذكره المصنف ظاهره إذا كان المكتري قد زرع ، وأما إن لم يزرع ، فإما أن يستحقها قبل الحرث أو بعده ، فإن لم يحرث ، اللخمي : فهو كالسكنى له أن يمضيه بالمسمى أو يخرجها ، وإن حرث أقره بالمسمى أو أخرجه .

واختلف في حكم الحرث فقليل : لا شيء للمستحق ، وقال ابن القاسم في «المستخرجة» : المستحق بالخيار بين أن يعطيه قيمة حرثه ، فإن أبى أعطاه الآخر قيمة كرائه ، فإن أبى أسلمها ولا شيء له .

الثاني : اللخمي : واختلف إذا قام المستحق في الإبان فحكم له بعد ذهابه ، هل يكون الكراء للأول أو للمستحق ؟

وذكر ابن رشد في [الحد^(١)] الذي يدخل فيه الشيء المستحق في ضمان مستحقه وتكون الغلة له ، ويجب التوقيف فيه ، ثلاثة أقوال :

الأول : أنه لا يدخل في ضمانه ، ولا تجب له الغلة حتى يقضى له بها ، وهو الذي يأتي على قول مالك في «المدونة» : إن الغلة في يديه حتى يقضى بها للطالب .

وعلى هذا لا يجب توقيف الأصل المستحق توقيفاً يحال بينه وبينه ، وهو قول ابن القاسم في الرباع التي لا تحول ولا تزول ولا توقف ، مثل ما يحول ويزول ، وإنما يوقف وفقاً يمنع من الإحداث فيها .

الثاني : أنه يدخل في ضمانه وتكون الغلة له ، ويجب توقيفه وقف يحال بينه وبينه إذا ثبت بشهادة شاهدين عدلين أو شاهد وامرأتين ، وهو ظاهر قول مالك في «الموطأ» ؛ إذ

قال فيه^(١): إن الغلة للمبتاع إلى يوم يثبت الحق ، وهو قول غير ابن القاسم في «المدونة» ؛ إذ قال : إن التوقيف يجب إذا أثبت المدعي حقه وكلف المدعى عليه الدفع .

والثالث : أنه يدخل في ضمانه ، ويجب له الغلة والتوقيف بشهادة شاهد واحد ؛ وهي رواية عيسى عن ابن القاسم في كتاب الدعوى والصلح : إنه يحلف مع شاهده وتكون مصيبته منه وروايته عنه في الكتاب المذكور في مسألة الزيتون إذا ادعاها وأقام شاهداً واحداً أن الثمرة له إذا توالى على معنى المسألة أنه استحق الأصل دون الثمرة .

وأما على تأويل من تأول أنه ادعى الأصل والثمره وشهد له بهما جميعاً الشاهد الذي أقامه فتخرج الرواية عن هذا الباب إلى وجه متفق عليه ، وما وقع في كتاب أحمد بن زياد: التوقيف يجب في الدار بالقفل ، وتوقيف الغلة بشهادة الشاهد الواحد يأتي على هذا القول ، وكذلك أيضاً النفقة تجري على هذا الاختلاف ، وفرق في رواية عيسى عن ابن القاسم وهو ظاهر «المدونة» ، وسأوى عيسى بينهما من رواية وهو القياس ، والصواب أن ما في «المدونة» اختلاف من القول .

فَإِنْ غَرَسَ ، أَوْ بَنَى قَيْلَ لِّلْمَالِكِ : اَدْفَعْ قَيْمَتَهُ قَائِماً ، فَإِنْ أَبَى قَيْلَ لِّلْمُشْتَرِيِّ أَوْ لِّلْمُكْتَرِيِّ : أَعْطَهُ قَيْمَةَ أَرْضِهِ بَرَّاحاً ، فَإِنْ كَانَا شَرِيكَيْنِ بِقَيْمَةِ أَرْضِهِ وَقَدَّرَ مَا يُبْنَى بِهِ مِثْلُهُ عَلَى الْأَشْهُرِ لَا بِمَا زَادَ .

أي : فإن غرس الأرض المستحقة من يده كان مشترياً أو مكترياً فإنه يقال لرب الأرض : ادفع قيمة البناء أو الغرس قائماً فإن أبى قيل : للمشتري أو المكتري : أعطه قيمة أرضه ، فإن أبى كانا شريكين ، وروى مطرف أن عمر رضي الله عنه قضى بهذا .

وإذا بنينا على الشركة فقال ابن يونس وغيره : إنَّ ظَاهِرَ الْكِتَابِ أَنْ صَاحِبَ الْبِنَاءِ يَكُونُ شَرِيكاً بِقَيْمَةِ الْبِنَاءِ ، وَقَالَ مَطْرَفٌ : بِمَا زَادَ الْبِنَاءَ فِي قَيْمَةِ الْأَرْضِ ، وَفَهُمْ بَعْضُهُمْ «المدونة» عليه .

ابن يونس : والأول هو الصواب ؛ لأنه قد لا تزيد العمارة في مثل هذه الأرض شيئاً بل قد يكون ثمنها براحا أكثر لأعمال القبول ونحوها ، فإذا قومت على ما قاله ابن الماجشون ذهب عمل العامل باطلاً ، وهو غير متعد ، ولعل المصنف لهذا شهره .

ابن الجهم : وإذا دفع ربُّ الأرض قيمة العمارة وأخذ أرضه ، كان له كراء ما مضى من السنين .

ولمالك في «العتبية»^(١) قول ثالث أنه يكون شريكاً بما أنفق ؛ لأنه قال فيمن اشترى داراً وعمرها ثم استحقت للبانى عليه ما عمل من عمل الناس وأما بنيان الأمراء فلا أدري ما هو؟ قيل : فتكون للبانى قيمة البنيان أو نفقته .

قال في «البيان»^(٢) : ضعف أن يكون له الرجوع فيما بنى من بنيان الأمراء ، بقوله : لا أدري ما هو؟ وقوله صحيح ؛ لأنه أتلف ماله لما أنفق فيما لا يسوغ له من السرف المنهي عنه .

وأشار بعضهم إلى أن ما ذكره في بنيان الأمراء متفق عليه .

وفي كلام المصنف إشكال ؛ لأنه حكم أولاً أن صاحب الأرض يدفع إليه قيمة البناء قائماً وهذا يعني أنه لا يجب للبانى إلا ذلك ، وقال : إذا أيبا يكونان شريكين ، ويكون البانى شريكاً بقدر ما يبني به مثل الأرض ، فكيف يكون شريكاً بما ليس له .

واستشكل أيضاً الأشياخ مذهب «المدونة» : فإن مالكا أوجب له قيمة البناء قائماً وإذا قوم قائماً فقد أعطى جزءاً من الأرض ، وإن قومه منفكا عن الأرض صار منقوضاً ، وأجاب اللخمي عنه بأنه إنما يقال : بكم يباع هذا البناء أو الغرس على أن يقلع بعد انقضاء المدة؟ ولا يقوم عليه على أنه قائم للأبد ؛ لأن البانى أو الغارس لا يستحق بقاءه إلا إلى بقيتها ، قال : وإذا قوم على هذه الصفة سقط الاعتراض بأن البانى أخذ جزءاً من الأرض ؛ لأنه لم يقوم على أن للبانى حقا في تلك الأرض ، وإنما يقوم على أن مشتريه يضعه هناك ولا يقوم على أن مشتريه يضعه حيث أحب ؛ لأنه إن كان الآن في طرف ، كانت قيمته أبخس فلا يصلح أن يقوم في غير ذلك مما هو ضرر ؛ لأن فيه ضرراً على المستحق ، انتهى .

وفيه نظر ؛ إذ لا يتصور أن يكون البنيان قائماً حيث أحب .

وأجاب المازري : بأن مستحق الأرض لما كان قادراً على أن يلزم البانى أو الغارس قيمة الأرض براحاً ، فعدل عن ذلك كان رضا منه بل يعطي البانى والغارس قيمته عليها قائماً ؛

(١) «البيان والتحصيل» (١١/١٥٨) .

(٢) «البيان والتحصيل» (١١/١٥٨) .

لأن فعلهما وقع بوجه شبهة فلا سبيل إلى إعطائهما قيمة ذلك مقلوعاً ، وهو حسن ، ولو كان رب الأرض مخيراً في أن يلزم الباني قيمة الأرض براحاً وليس كذلك .

واختلف متى تراعى القيمة ؟ فمذهب الكتاب يوم الحكم ، وقيل : يوم البناء ، وفي كتاب العارية : وقيل : للباني ما أنفق ، وفي باب آخر : قيمة ما أنفق ، واختلف هل هو اختلاف قول أو لا ؟ وعلى الثاني وقد اختلف في كيفية الجمع ، وقد ذكرناه ثم ، وهذا كله ما لم تستحق الأرض بحبس .

أما إن استحققت بحبس فليس للباني إلا حمل أنقاضه ؛ إذ ليس ثم من يعطيه قيمة البناء قائماً ، وليس له أن يعطي قيمة البقعة ؛ لأنه بيع الحبس ، وهذه المسألة ألقاها أبو محمد صالح على أبي الفضل .

وَفِي الزَّرْعِ سِنِينَ يَفْسَخُ أَوْ يَمْضِي ، فَإِنْ أَمْضَاهُ فَلَهُ نِسْبَةٌ مَا يَنْبُوهُ كَجَمْعِ سِلْعَتَيْنِ لِرَجُلَيْنِ....

يعني : إذا أكرى الأرض المستحقة من يده للحرث سنين ، وقد زرعت للحرث سنة أو أكثر ، وانقضى إبان الزراعة ، فكراء ما زرع للمستحق من يده ، وما بقي للمستحق بالخيار في فسح العقد فيه وفي إمضائه ، فلا يكون له الكراء على عدد السنين بل على حسب ما يراه أهل المعرفة ، وذلك مجهول .

واستشكل ذلك جماعة وكذلك قال ابن يونس وعياض واللخمي وغيرهم : إنه تجوز الإجارة بشرط أن يعلم ما يخصه وإلا أدى إلى البيع أو الكراء بضمن مجهول .

ولعل قول المصنف : (كَجَمْعِ سِلْعَتَيْنِ) إشارة إلى ذلك ؛ لأن مذهب ابن القاسم المنع إلا أن يقومًا ويدخلا على ذلك .

وقد يقال : فيما أجراه الشيوخ هنا نظر ، والفرق بينهما أن العَرَرِ في جمع الرجلين سلعتيهما في البيع واقع في أصل العقد بخلاف هذه فإنه طارئ بعد صحتها ، وهذا وإن كان ظاهراً إلا أنه قد يقال : إنه لا يسلم أن الضرر الطارئ مغتفر عند ابن القاسم ، فقد منع من التمسك بباقي الصفقة إذا استحق جُلها للجهالة .

ويحتمل أن يكون قول المصنف : (كَجَمْعِ) ليس إشارة إلى ما ذكرناه بل إلى بيان كيفية التراجع ، والله أعلم .

وَيُحَدُّ الْوَاطِئُ الْعَالِمُ وَالْوَلَدُ رَقِيقٌ وَلَا يَنْسَبُ لَهُ .

يعني : وإذا وطئ الأمة المغصوبة عالماً بغصبها غاصبا كان أو غيره فهو زان ، فلذلك كان ولده رقيقاً للمغصوب منه ولا ينسب له ، وهذا بشرط أن تقوم البينة قبل الوطاء على أن الواطئ أقرَّ بعلمه أن الأمة مغصوبة ، أو تشهد الآن بينة أنه أقرَّ عندهم قبل الوطاء بعلمه .
وأما إن لم يكن إلا مجرد إقراره الآن بأنه وطئ عالماً ، فقال أهل المذهب : يُحَدُّ لِأَجْلِ إقراره على نفسه بالزنا ، ويلحق به الولد لحق الله تعالى وحق الولد في ثبوت النسب ، وهي إحدى المسائل التي يجتمع فيها الحد وثبوت النسب .

ثانيها : أن يشتري أخته أو من يعتق عليه ويولدها ثم يقر أنه وطئها عالماً بذلك .

ثالثها : أن يتزوج امرأة ويولدها ثم يقر أنه كان طلقها ثلاثاً ، وأنه تزوجها قبل زوج عالماً بالتحريم .

رابعها : إن يتزوجها ويولدها وهي ذات محرم منه إما من نسب أو صهر أو رضاع ثم يقر على نفسه أنه يتزوجها عالماً بتحريمها .

خامسها : أن يتزوجها ويولدها ثم يقر أن له أربع نسوة غيرها وأنه تزوجها عالماً بتحريمها ، وليس ذكر هذا على طريق الحصر ، بل الضابط في هذا أن كل حد يثبت بالإقرار ويسقط بالرجوع عنه فالنسب ثابت معه ، وكل حد لازم لا يسقط بالرجوع فالنسب معه غير ثابت .

وَيَضْمَنُ غَيْرُ الْعَالِمِ قِيَمَةَ الْوَلَدِ يَوْمَ الْحُكْمِ إِنْ كَانَ بَاقِيَا إِلَّا أَنْ يَأْخُذَ فِيهِ دِيَةٌ فَيَكُونُ عَلَيْهِ الْأَقْلَ مِنْهَا أَوْ قِيَمَةَ الْوَلَدِ حَيًّا ...

لا خلاف أن الولد هنا حرٌّ ثابت النسب ولكن يضمن الأب قيمته على المشهور ، وعن مالك أنه يضمنه كما سيقوله المصنف ، وقد تقدّم جلّ هذه المسألة في التكاّح في الأمة الغارة فراجع .

فَإِنْ أَخَذَهَا عَنْ عَضْوٍ غَرِمَ قِيَمَتَهُ نَاقِصًا مَعَ الْأَقْلِ مِنَ النَّقْصِ وَالِدِيَّةِ ، وَقَالَ الْمُغِيرَةُ :
الْقِيَمَةُ يَوْمَ الْوَضْعِ

أي : وإن أخذ الدية عن عضو واحد غرم الأب قيمته يوم الحكم .
قوله : (وقال المغيرة) راجع إلى قوله : (يوم الحكم) .

وَكَانَ مَالِكٌ يَقُولُ : لِمَسْتَحَقَّهَا أَخَذَهَا إِنْ شَاءَ مَعَ قِيمَةِ وَلَدِهَا ثُمَّ رَجَعَ فَقَالَ : قِيمَتُهَا يَوْمَ اسْتَحَقَّهَا ، ثُمَّ رَجَعَ فَقَالَ : قِيمَتُهَا وَحْدَهَا يَوْمَ وَطِئَهَا ، قَالَ أَشْهَبُ : ثُمَّ رَجَعَ إِلَى الْقَوْلِ الْأَوَّلِ

تصور الأقوال ظاهر ، وبالثالث أفتى مالك لما استحقت أم ولده إبراهيم ، وتابعه عليه جماعة من أكابر أصحابه : كابن كنانة وابن دينار ثم رجع إلى الأول ابن كنانة وعليه مات ، هكذا [نقل] (١) اللخمي والمازري : أم ولده إبراهيم .

[والذي نقله ابن رشد (٢) وعياض (٣) : أم ولده محمد ، قيل : وهو الصواب .

ومنشأ الخلاف تقابل الضررين ولا يخفى عليك ذلك .

وأخذ ابن القاسم بالقول الأول أن له أخذها إن شاء وأخذ قيمة الولد ، قال في «المدونة» : وعليه جماعة من الناس .

وأخذ جماعة كثيرة بالقول : إنه ليس لسيدها إلا قيمتها وقيمة ولدها يوم الحكم به وهو الذي صدر به صاحب «الرسالة» (٤) ، وأما الغارة فالمشهور المعروف أن له أخذها وأخذ قيمة الولد .

وحكى ابن الجلاب (٥) رواية أخرى أنه يأخذ قيمة الأم ولا شيء في الولد .

وذكر المصنف أن القيمة في القول الثاني يوم الاستحقاق أي يوم الحكم ، وفي الثالث : يوم الوطء .

قال : في «المدونة» (٦) في القسم بعد ذكر القولين الأولين : ولو رضي المستحق بأخذ قيمتها وقيمة ولدها لم يكن للذي أولدها أن يأبى ذلك ، ويجبر حينئذ في قولي مالك جميعاً على غرم قيمتها وقيمة ولدها يوم الاستحقاق .

(١) في ط : قال .

(٢) «البيان والتحصيل» (٢٥٨/١١) .

(٣) في ط : وقال ابن رشد .

(٤) «الرسالة» (ص/٢٣٣) .

(٥) «التفريع» (٢٨٤/٢) .

(٦) «تهذيب المدونة» (٣٦٦/١) .

وقال أشهب في «الموازية»: هذا خطأ وإنما كنت أقوله - لو قلت بهذا - عليه قيمتها يوم أحبلها ثم لا قيمة له في ولدها ؛ لأن في ملكه ولد ، وقال المازري : أشار أشهب إلى بقاء قولي مالك مع رضا المستحق بأخذ القيمة .

وسئل سحنون في «العتبية» (١) عن رجل اشترى جارية فأولدها ثم استحقها رجل فدفعها إليه الذي أولدها ثم اشتراها منه بعد ذلك ، هل تكون الجارية أم ولد أم لا ؟ أو حتى يولدها بعد الاستبراء ، فقال : إن كان دفعها إليه بقضاء قاض ثم اشتراها ، فإنها تكون أم ولد بملكه الأول حين أولدها .

فَإِنْ وَطِئَ بِالْمَلِكِ فَاسْتُحِقَّتْ بِحُرِّيَّةٍ ، فَقَالَ مَالِكٌ : لَا صَدَاقَ لَهَا ، وَاسْتُشْكِلَ وَخُولِفَ ،
وَالغَلَّةُ مُنْزَلَةٌ عَلَيْهِ

الأمة إذا استحققت بعد الوطء فلا يخلو إما أن تستحق بملك أو بحرية ، فإن استحققت بملك فإن كانت ثيباً فلا شيء عليه ، وإن كانت بكرأ [فكذلك عند] (٢) مالك وابن القاسم [وقال سحنون : عليها ما نقصها وإن استحققت بحرية فقال مالك وابن القاسم : (٣) لا صداق لها ، وهو المشهور المعروف ، وقال المغيرة : لها الصداق .

واختاره جماعة ؛ لأن الوطء انتفاع بغير مملوكة ولا ضمان فيها ، بخلاف المستحقة بملك فإن الوطء يجري مجرى غلات المضمون ، وهذا وجه الإشكال الذي أشار إليه المصنف .
فإن قيل : فهلا استغنى المصنف بقوله : (خُولِفَ) عن قوله : (استُشْكِلَ) لأن من خالف قولاً ، فقد استشكله .

فجوابه يحتمل أن يكون المستشكل غير المخالف فإن الإشكال إنما يكون غالباً عن عرض القول على أصول ذلك القائل والمخالف قد يخالف في الأصول ويوافق عليها أو يخالف في الإجراء عليها .

قوله : (وَالغَلَّةُ مُنْزَلَةٌ عَلَيْهِ) أي غلة هذه الأمة المستحقة ، وكذلك العبد إذا استحق على هذا الخلاف ، فعند مالك وابن القاسم : العبد إذا استحق بحرية منزلة على هذا الخلاف ، فعند مالك وابن القاسم : لا يغرّم الغلة ، وعند المغيرة : يغرّمها .

(١) «البيان والتحصيل» (١٠ / ١٦٠) .

(٢) في ط : فقال .

(٣) سقط من ط .

ويحتمل أن يكون الضمير في (عليه) عائداً على الصداق ، واستصوب اللخمي قول المغيرة ؛ لأن الخراج إنما يكون بالضمان والحر لا يضمن ، وإذا رجع بالغلة رجع المشتري عليه بالنفقة ، بخلاف الأمة فإن الصداق إنما يستحق بأول الملاقاة .

وكهذه المسألة أعني إذا استحقت بحرية ، أما إذا استحق الأصل بحبس ، فإنه لا ضمان فيه كالحرة ، فقليل : غلته للمستحق منه ولأنه ضامن الثمن الذي دفع عند عدم البيع ، وهي رواية عيسى عن ابن القاسم في «العتبية»^(١) ، وقيل : إنه يرد الغلة ؛ لأن ما اشتراه لو تلف رجع بالثمن ، وهو ظاهر مذهب ابن القاسم في «المدونة» ؛ لأنه علق الغلة بالضمان . ابن رشد^(٢) : وبالأول جرى العمل عندنا .

تنبيه :

الغلة للمشتري في خمسة مواضع : إذا وجد البيع فاسداً فرده ، أو وجد عيباً فرده ، أو رد بفلس ، أو أخذ بالشفعة ، أو استحق ، وكذلك من صار ذلك إليه من قبل المشتري ولا غلة لو ارث إن طراً عليه وارث مثله في المنزلة وأقرب منه ، وإن لم يعلم ؛ لأنه لم يكن ضامناً ويأخذ القادم الكل إن لم يحاب المستحق منه وإن حابى فهو واهب للمحابة ، فإن كان الواهب معسراً فاتفق على أن يرجع على المكتري ، وإن كان موسراً فالمشهور أنه يرجع على المكتري إلا أن يكون له مال فعلى المكري .

وقيل : إنما يرجع بذلك على المكتري إلا أن يعلم الآخر أن معه وارثاً ، فيرجع عليه أخوه في عدم المكتري ، وهذا على أن قول الغير خلاف وإليه ذهب جماعة ، وقال الشيخ أبو محمد : إنه وفاق وإن جواب ابن القاسم أن أخاه علم كما قال غيره .

ابن القاسم : وأما إن سكن هذا الوارث أو زرع لنفسه ثم طراً له أخ لم يعلم به ، فلاستحسان أن لا رجوع لأخيه عليه بشيء بخلاف الكراء إلا أن يكون به عالماً فيغرم له نصف الكراء .

وروي عن مالك أن عليه نصف كراء ما سكن .

قالوا : وعلى قول ابن القاسم : لا رجوع عليه بثلاثة شروط : أن يسكن بنفسه ، وأن

(١) « البيان والتحصيل » (١١/١٤٣) .

(٢) « البيان والتحصيل » (١١/١٤٣) .

لا يكون في نصيبه ما يكفيه ، وأن لا يعلم ، زاد ابن عبدوس : وأن يقدم الأخ بعد إبان الزراعة .

ولهذا أفتى اللخمي في امرأة دعت زوجها للدخول فأنكر النكاح ، فأثبته عليه لما سئل هل لها عليه نفقة في أيام الخصام ؟ بأنه لا نفقة عليه فيها إن كان ذلك من الزوج بتأويل وشبهه ، وأما إن كان دافعها بباطل واضح ؛ فإنه كالغاصب فلها النفقة فيها .

وَفِيهَا : وَالْمُتَعَدِّي يُفَارِقُ الْغَاصِبَ ؛ لِأَنَّ الْمُتَعَدِّيَ جَنَاهُ عَلَى بَعْضِ السَّلْعَةِ وَالْغَاصِبُ أَخَذَهَا - كَكَسْرِ الصَّحْفَةِ وَتَخْرِيقِ الثَّوْبِ

لما كان المتعدي مفارقاً عند الأصحاب للغاصب ، أراد المصنف أن يبين ذلك ونسب المسألة إلى «المدونة» لإفادة الحكم ، أو لإشكاله فإنهم فرقوا في الحكم ، والمعنى متفق ، أو لأن ما ذكره في «المدونة» من الفرق لا يعم صور التعدي ، فإن المكترى والمستعير إذا تعديا المسافة المدخول عليها متعديان وهل تعديا على مجموع السلعة لا بعضها ؟

واعلم أن أصحابنا فرقوا بين الغصب والتعدي بوجوه منها : أن التعدي جناية على بعض السلعة ، والغصب جناية على جميعها .

ومنها : أن المتعدي ضامن للسلعة من يوم التعدي ؛ لأن يده كانت عليها بإذن ربها ، أعني في المستأجر والمستعير ، والغاصب ضامن من يوم الغصب .

ومنها : أن الغاصب يضمن السلعة في الفساد اليسير ، والمتعدي لا يضمنها إلا في الكثير .

ومنها : أن المتعدي يلزمه كراء ما تعدى عليه على المشهور كما تقدم .

وقوله : (ككسْرِ الصَّحْفَةِ) مثال للتعدي .

فَإِنْ كَانَ فَسَادًا كَثِيرًا خَيْرٌ رَبُّهُ فِي أَخْذِهِ وَمَا نَقَصَهُ وَبَيْنَ قِيَمَتِهِ ، قَالُوا : بَعْدَ رَفْوِ الثَّوْبِ ، وَشَعْبِ الْقَصْعَةِ - وَضَعْفٌ ، وَقَالَ أَشْهَبٌ : يُخَيْرُ بَعْضُ شَيْءٍ ، وَرَجَعَ عَنْهُ ابْنُ الْقَاسِمِ ، فَإِنْ كَانَ يَسِيرًا فَلَيْسَ لَهُ إِلَّا مَا نَقَصَهُ بَعْدَ رَفْوِ الثَّوْبِ بِاتِّفَاقٍ ، وَقَدْ كَانَ مَالِكٌ يَقُولُ : مَا نَقَصَهُ ، وَلَا يُفْرَقُ بَيْنَ قَلِيلٍ وَكَثِيرٍ ، وَسَوَاءُ الْحَيَّوَانُ وَغَيْرُهُ

حاصله أن في التعدي ثلاثة أقوال : الأول لمالك : ليس عليه في التعدي إلا أرض

النقص ، كان النقص يسيراً أو كثيراً ، وإليه أشار بقوله : (وَقَدْ كَانَ مَالِكٌ يَقُولُ : مَا نَقَصَهُ ، وَلَا يُفْرَقُ بَيْنَ قَلِيلٍ وَكَثِيرٍ) ثم رَجَعَ إلى الفرقِ بين اليسيرِ والكثير ، ففي اليسير : لا يكون عليه إلا ما نقص ، وفي الكثير : يخير بين أخذه [وبين أخذ قيمته ثم اختلف إذا خير في الكثير ، هل إذا اختار أخذ شيء يكون له أرش ما نقص أو لا ؟ فقال أشهب : ليس له ذلك ، وهو بالخيار ، إما أن يأخذه^(١) بغير شيء أو يضمه جميع قيمته ، وقاله ابن القاسم أولاً ، ثم رجع عنه إلى ما في «المدونة» ، وأنَّ له أخذ النَّقْصِ إنْ اختَارَ أخذه . وعلى هذا فاتفق في اليسير أنه ليس لربه إلا أخذ ما نقص بعد رفو الثوب وشعب القصعة ، والرفو : خيطها .

وقوله : (قَالُوا) يوهم تواطؤ أهل المذهب أو أكثرهم ، وأن ما نقله ابن يونس عن بعض الأصحاب قال هذا القائل ، وذلك بخلاف الجناية على الدَّابَّة ، فإنه ليس عليه ما تداوى به الدابة ، والفرق بينهما أن ما ينفق في الثوب على المداواة غير معلوم ، ولا يعلم هل ترجع كما كانت أم لا ؟

والرفو : الخياطة معلوم ما ينفق عليهما ويرجعان كما كانا .

ابن يونس : وهذا الذي ذكره في الفساد الكثير في الثوب أنه يأخذه وما نقصه بعد الرفو خلاف ظاهر قولهم ، ووجه فساده أنه قد يغرم من رفو الثوب أكثر من قيمته صحيحاً وذلك لا يلزمه ، ألا ترى أن أشهب وغيره يقول : ليس له أن يغرمه ما نقصه بعد الرفو ، وقد يبلغ ذلك ضعف قيمته ؟ وما حكاه من عدم لزوم أجر الطبيب .

ابن عبد السلام : وهو ظاهر المذهب .

وحكى اللخمي في غرم الجراح أجر الطبيب قولين ، قال : والأحسن أنه على الجراح

كالرفو .

وقوله : (فَإِنْ كَانَ يَسِيرًا فَلَيْسَ لَهُ إِلَّا مَا نَقَصَهُ) قد تقدم أن هذا متفق عليه .

وقوله : (بَعْدَ رَفْوِ الثَّوْبِ بِاتِّفَاقٍ) يحتمل أن يعود على قوله : (فَلَيْسَ لَهُ إِلَّا مَا نَقَصَهُ) ،

ويحتمل أن يعود عليهما .

ابن يونس : ولو قال قائل في اليسير : إنما عليه ما نقصه فقط لم أعبه ؛ لأنه إذا أعطاه

ما نقصه دخل الرفو في قيمة هذا النقص كما قالوا في من وجد أيضاً ، وذلك شأنه أن له جعل مثله ولا نفقة له ؛ لأن النفقة داخلة في الجعل ، وقوله : (وسواء الحيوان وغيره) أي في التعدي عليه ، ثم أشار المصنف إلى حد السير من الكثير بقوله :

وَالكثيرُ : مَا أَفَاتَ الْمَقْصُودَ فَإِنْ كَانَ فِي الصُّورَةِ يَسِيرًا كَقَطْعِ ذَنْبِ الْبَغْلَةِ وَأُذُنِهَا ، وَقَطْعِ طَيْلَسَانَ ذِي الْهَيْئَةِ وَجَبْتَهُ وَعِمَامَتَهُ وَشِبْهِ ذَلِكَ .

بين المصنف الكثير ؛ لأن السير يعلم منه ؛ لأنه إذا كان الكثير ما أفات المقصود ، فالسير ما لم يفته ، هكذا قال ابن القصار ، ومعناه ما أفات الغرض المقصود ؛ فإنه كثير وإن كان في الصورة يسيراً ؛ كما مثل به من قطع ذنب البغلة ونحوها من مركوب ، مما يعلم أنه لا يركب مثل ذلك ، ولا فرق بين المركوب والملبوس ؛ كقلنسوة القاضي وطيلسانه وعمامته ، وهذه الرواية المشهورة عن مالك وفي «الواضحة» : لا يضمن إذا فسد الأذن بخلاف الذنب .

اللخمي : والأول أصوب ؛ وشين ذهاب الأذن كثير لا يركبها أحد من القاضي والكاظم والشاهد ، وهلى هذا فاتفق على الذنب واختلف في الأذن ، والواو في قوله : وأذنها بمعنى أو ؛ لأن المراد أن قطع الأذن ونحوه مفيت ، وكذلك الذنب على الرواية المشهورة .

وقوله : (كَقَطْعِ ذَنْبِ الْبَغْلَةِ .. إلى آخره) : يريد إذا كانت البغلة تراد للحمل كان صاحبها [كالقاضي]^(١) ونحوه أم لا ، فقد قال مطرف وابن الماجشون : إذا قطع ذنب بغل أو حمار أو فرس فأراه ضمن جميعه ؛ لأنه أبطل الغرض المقصود من مثله ؛ وهو ركوب ذوي الهيئات ، قالوا : بخلاف العين والأذن [وقاله أصبغ] .

وقولهما : بخلاف العين والأذن^(٢) - يريد العين الواحدة - فقد نصَّ ابن الماجشون في «الثمانية» في الفرس أنه إن فقأ عينه عليه ما نقصه وإن فقأ عينيه ضمنه .

فروع :

الأول : اختلف فيمن استحق شيئاً من الرباع والأصول هل عليه يمين أم لا ؟ فالذي ذهب إليه مالك وجرى عليه العمل أنه لا يمين عليه .

(١) في ط : القاضي .

(٢) سقط من ط .

وقال ابن وهب وابن القاسم في «العتبية»^(١) : يحلف أنه ما باع ولا وهب ؛ كالحيوان والعروض ، واتفقوا على اليمين في غير الأصول .

الثاني : إذا تعدى على عبد الغير تعدياً فاحشاً وحكماً بتضمينه القيمة ففي «المدونة»^(٢) : يعتق عليه ، ورواه ابن كنانة عن مالك .

وقال مطرف وابن الماجشون : لا يعتق عليه ؛ لأنه إنما مثل بعبد غيره ، قالوا : وليس للسيد أن يختار إمساكه ويأخذ ما نقصه .

وقيد بعض القرويين الأول بأن يطلب ذلك سيد العبد وأما إن أبى فله أخذ العبد وما نقصه .

ابن يونس : والصواب أن العبد يعتق أحب السيد أم لا ؛ لأنه بالجناية عليه لا ينتفع به ، فترك السيد قيمته إنما هو من باب الضرر وإخdam العبد المعتق ، وقيمه تقوم مقامه .

الثالث : قال مطرف وابن الماجشون وأصبغ : ولو تعدى على شاة بأمر قل لبنها ، فإن معظم ما تراد له اللبن ، ضمن قيمتها إن شاء ربها وإن لم تكن غزيرة اللبن فإنما يضمن ما نقصها ، وأما الناقة والبقرة فإنما فيهما ما نقصهما وإن كانتا غزيرتي اللبن ؛ لأن فيهما منافع غير ذلك باقية .

(١) «البيان والتحصيل» (١١/١٤٥) .

(٢) «المدونة» (١٥/٣٨) .

كتاب الشفعة

الشفعة: أخذُ الشريكِ حصةً جبراً بشراء .

عياض وغيره : وهي بتسكين الفاء ، قيل : أصل ذلك من الشفع وهو ضد الوتر ؛ لأن الشفيع يضم الحصة التي يأخذها إلى حصته فتصير حصته حصتين ، وقيل : من الزيادة ؛ لأنه يزيد مال شريكه إلى ماله ، ومنه قوله تعالى : ﴿ مَنْ يَشْفَعْ شَفَاعَةً حَسَنَةً ﴾ [النساء: ٨٥] ، قيل : يزيد عملاً صالحاً إلى عمله ، وهو قريب من الأول ، وقيل : من الشفاعة ؛ لأنه يشفع بنصبيه إلى نصيب صاحبه .

وقيل : كانوا في الجاهلية إذا باع الرجل حصته أتى المجاور شافعا إلى المشتري ليوليه [ما اشتراه] (١) .

وحده اصطلاحاً ما ذكر ف(أخذُ) جنس ، وأخرج بإضافته إلى (الشريك) الجار فإنه لا شفعة له عندنا وبحصة ما يأخذ منه كاملاً مما لا شركة بينه وبينه فيه ، وبالجبر ما يأخذه بالشراء الاختياري ، وبالشراء ما يأخذه بالاستحقاق .

واعترض عليه بأن هذا الحد غير مانع لدخول ما يأخذه الشريك من شريكه من الحصص جبراً شراء في العروض وغيرها إذا كانت لا تنقسم ودعا أحدهما صاحبه إلى البيع ، فإنه يعرض المشترك بينهما للبيع ، فإذا وقف على ثمن فمن شاء منهما أخذه بذلك .

وأجيب : بأننا لا نسلم أنه أخذ الآن حصة شريكه خاصة ، وإنما أخذ المبيع كله بثمنه غير أنه أسقط عنه حصته .

خليل : وأحسن من هذا أن يقال : لا نسلم أنه يأخذه هنا جبراً بل باختيار صاحبه ؛ إذ له أن يزيد فوق ما أعطى شريكه ، بخلاف الشفيع فإنه يأخذ الحصة بثمن المثل من غير زيادة ولا خيرة له بوجه .

ولما كانت حقيقة الشفعة ما ذكر استلزم ذلك : مأخوذاً وأخذاً ومأخوذاً منه ومأخوذاً به ، فكانت هذه الأربعة هي أركان هذا الباب ، وتكلم المصنف عليها أولاً فأولاً :

(١) في ط : مشتراه .

الْمَأْخُودُ إِنْ كَانَ عَقَاراً مُنْقَسِماً غَيْرَ مُنَاقِلٍ بِهِ وَلَا تَابِعٍ أَخَذَ اتِّفَاقًا .

يعني : إن كانت في البيع المشترك هذه الشروط أخذ بالاتفاق .

والعقار : الأرض ، وقد يطلق عليها وعلى ما يتصل بها من بناء وشجر ، واحترز به من الحيوان والعروض ، فلا شفعة في ذلك عندنا ، وحكى الإسفرايني من الشافعية عن مالك الشفعة في ذلك .

عبد الوهاب^(١) وغيره : وهذا لا يعرفه أصحاب مالك .

عبد الحميد وابن زرقون : ولعله رأى أقوال مالك في الحائظ يباع شقص منه وفيه الحيوان والرقيق ، أن فيه الشفعة في جميع ذلك فظن أن الشفعة عند مالك في كل شيء ، ورأى قوله في الثوب المشترك أو غيره من العروض إذا أراد أحدهما البيع ، أن شريكه أحق به بما وقف عليه من الثمن ، فظن أن ذلك شفعة .

المازري^(٢) : ورأيت في «مختصر ما ليس في المختصر» ما يستقرأ منه أقوى مما قاله عبد الحميد ؛ وذلك أنه إذا كان حائظ بين الشريكين باع أحدهما نصيبه ، وفي الحائظ رقيق ودواب ليسوا لعمل الحائظ ، أن الشفعة في جميع ذلك ، فأوجب الشفعة في الحيوان وإن لم يحتج إليه الحائظ .

قوله : (مُنْقَسِماً) أي : قابلاً للقسمة ، واستعمل المصنف كما ترى المنقسم في القابل وإن فعل إنما يستعمل في ما حصل لا في القابل .

واحترز بذلك مما لا يقبل القسمة إلا بضرر كالحمام ونحوه ؛ فإن في ذلك خلافاً كما سيأتي .

قوله : (وَلَا تَابِعٍ) : لا يريد إذا اشترى شقصاً مع سلع فإن هذه الصورة متفق على وجوب الشفعة فيها ، وإنما احترز بذلك من الانقاض في الأرض المحبسة أو المعارة كما سيأتي ، ولا خلاف بين الأمة في وجوب الشفعة من حيث الجملة ، وفي «الموطأ»^(٣) مراسلاً : « قضى رسول الله ﷺ بالشفعة فيما لم ينقسم بين الشركاء فإذا وقعت الحدود فلا شفعة فيه » .

(١) « المعونة » (٢/٢٢٨) .

(٢) « المعلم » (٢/٢١٥) .

(٣) أخرجه مالك (١٣٩٥) .

مالك : وعلى ذلك السنة التي لا اختلاف فيها عندنا .

وسئل ابن المسيب عن الشفعة هل فيها من سنة ؟ فقال : نعم الشفعة في الدور والأرضين ، ولا تكون الشفعة إلا بين الشركاء ، وقال سليمان بن يسار مثل ذلك .

وهذا دليل على أنه لا شفعة في غير العقار ؛ لأن ضرب الحدود إنما يكون فيها ، وقول ابن المسيب يبين هذا وفيه دليل على أنه لا شفعة لجار ؛ لأن الحدود إذا ضربت يبقى جاراً ، وقد نص في الحديث على نفي الشفعة في ذلك .

قال في «الاستذكار»^(١) : قال جابر رضي الله عنه : «إنما جعل رسول الله ﷺ الشفعة في كل ما لم ينقسم ، فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة»^(٢) .

أحمد بن حنبل^(٣) رضي الله عنه : وهذا أصح حديث روي فيه ، وقال ابن معين : مرسل مالك أحب إلي .

وَالشَّجَرُ وَالْبِنَاءُ وَالْبِئْرُ وَفَحْلُ النَّخْلِ تَبَعٌ لَهُ .

أي : (تَبَعٌ) للعقار ؛ يعني أن هذه الأشياء وإن لم تكن من جنس الأرض ، ولكنها لشدة اتصالها بها كالجزم منها ، وأما (الْبِئْرُ وَفَحْلُ النَّخْلِ) فلا يحتاج لهما هنا ؛ لأن البئر جزء من الأرض ، وفحل النخل من الشجر وإنما يختصان بحكم آخر وهو إذا قسمت [الأرض وبقى فحل النخل ، أو البئر مشتركاً ، قال في «المدونة» : إذا قسمت الأرض]^(٤) وبقى الماء ثم [بيع]^(٥) فلا شفعة فيه ، وفي «العتبية»^(٦) : فيه الشفعة .

واختلف هل هو اختلاف قول ؟ وإليه ذهب الباجي^(٧) ، أو وفاق ؟ وإليه ذهب سحنون وابن لبابة .

ثم قال سحنون : معنى «المدونة» أنها بئر واحدة ، ومعنى «العتبية» أنها آبار كثيرة .

(١) «الاستذكار» (٦٦/٧) .

(٢) أخرجه البخاري (٢٠٩٩) ومسلم (١٦٠٨) .

(٣) انظر «الاستذكار» (٦٦/٧) .

(٤) سقط من ط .

(٥) في ط : يبيع .

(٦) «البيان والتحصيل» (٨٨/١٢) .

(٧) «المنتقى» (٦/٢٠٠) .

وقال ابن لبابة : معنى «المدونة» أنها بئر لا فناء لها ، ومعنى «العتيبة» أنها بئر لها فناء وأرض مشتركة يكون فيها القلد .

وعلى الخلاف فرأى الباجي أن الخلاف مبني على الخلاف في الشفعة في ما لا ينقسم . قال في «البيان»^(١) و«المقدمات»^(٢) : وكان من أدركنا من الشيوخ يحملون ذلك على الخلاف ، ويرون الاختلاف في ذلك جار على اختلاف قول مالك فيما هو متعلق بالأرض ومتصل بها كالنقص والنخل ، وهذا بين ، والله أعلم .

وَفِي تَبَعِيَّةِ حَجَرِ الرَّحَاءِ : قَوْلَانِ ، قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ : كَحَجَرِ مُلْقَى ، وَقَالَ أَشْهَبُ : لَمْ يَصِبْ مَنْ قَالَ : لَا شُفْعَةَ فِيهِ

أي : (وَفِي تَبَعِيَّةِ حَجَرِ الرَّحَاءِ) للأرض ، والقولان لمالك ، ورواية ابن القاسم عنه في «المدونة» وهي التي قال بها ابن القاسم ، ويقول أشهب قال عبد الملك وابن وهب وابن [المواز] ^(٣) سحنون .

(وَقَالَ أَشْهَبُ : لَمْ يَصِبْ مَنْ قَالَ : لَا شُفْعَةَ فِيهِ) وهي عندنا في البيان أثبت من الأبواب التي إذا شاء قلعتها بغير هدم والشفعة تكون في حديد الحائط ورقيقه ، فكيف لا تكون في الرحي .

قال في «الموازية» : وإن باع أحدهما مصابته فلشريكه الشفعة ، وإن شاء فسخ بيعه إلا أن يدعوه البائع إلى المقاسمة فلا يفسخ حتى يقاسمه ، فإن صار موضع الرحي للبائع جاز بيعه ، وإن صار لشريكه انتقض بيعه أما لو نصبوا الرحي في غير أرضهم فلا شفعة فيها اتفاقاً .

ابن راشد : وكذلك لا خلاف في الرحي إذا لم تكن مبنية أنه لا شفعة فيها ، وعلى ما في «المدونة»^(٤) ففيها : إذا بيعت معها الأرض أو البناء الذي نصبت فيه ففيها الشفعة دون الرحي بحصة ذلك ، وسواء في ذلك رحي الماء والدواب .

(١) «البيان والتحصيل» (٨٩/١٢) .

(٢) «المقدمات» (٦٥/٣) .

(٣) سقط من ط .

(٤) «تهذيب المدونة» (٣٣٦/٣) .

وأشار الباجي^(١) إلى أن الآلة كالرحى على القولين ، واختلف الشيوخ في كلامه في «المدونة» فحمله التونسي وغيره : أنه لا شفعة في العليا والسفلى .

عياض : وهو ظاهر كلامه ، وهو تأويل أكثر الشيوخ ، ويحتج لهذا الفهم بتشبيها بالحجر الملقى ، ورأى ابن وهب ذلك صريحاً .

وقال بعض القرويين : إنما نفى في «المدونة» الشفعة في العليا وأما السفلى ففيها الشفعة وهي من البناء كقدور الحمام .

ابن رشد^(٢) في أكرية الدور : وهي تفرقة لا معنى لها ؛ إذ لا يتفجع بأحد الحجرين دون الآخر .

عياض : وأما الدار إذا بيعت وفيها مطاحن فاتفقوا أنها إن كانت غير مبنية أنها للبائع ، وإن كانت مبنية فالسفلى للمشتري ، واختلف في العليا ، وهذا يرد من جعلها كحجر ملقى .

قال بعض الشيوخ : والخلاف مبني على الخلاف في الشفعة في ما لا ينقسم إلا بفساده كالحمام والأندر .

وقد اختلف قول ابن القاسم في «المدونة» في هذا ، وعلى هذا يختلف فيها وإن بيعت بأرضها ومناصبها لأنها لا تنقسم كما روي عنه في «العتبية» في مناصب الرّحى .

وهذا خلاف «المدونة» فإنه نص فيها على وجوب الشفعة في بيتها وأرضها ، وكذلك قالوا : إنه يختلف في ما إذا بيع حجرها وهو مبني .

وقال صاحب «المقدمات»^(٣) : إنما الخلاف إذا بيعت الرّحى مع غيرها وأما إذا بيعت منفردة عن الأرض فلا شفعة فيها باتفاق .

وخرج اللخمي وغيره على القول بنفي الشفعة في الرّحى قولاً بنفي الشفعة في رقيق الحائط ونحوه .

(١) «المنتقى» (٢٠١/٦) .

(٢) «البيان والتحصيل» (٣٠/٦) .

(٣) «المقدمات» (٦٥/٣) .

وَالشَّمْرُ تَبِعٌ لِلشَّجَرِ مَا لَمْ يَسْتَعْنِ بِخِلَافِ الزَّرْعِ .

يعني : أن من اشترى نخلاً ثم قام الشفيح فإنه يأخذ النخل بثمرها وتكون الثمرة تابعة ، ولم يفرق المصنف بين أن تكون الثمرة فيها حالة الشراء أو حدثت عنده .

وفرض ابن عبد السلام المسألة على ما إذا لم تكن فيها في وقت الشراء ثمرة وليس بظاهر فإن هذه المسألة إما أن لا يكون فيها ثمرة أو ثمرة مأبورة أو مزهية ، فإن لم تكن فيها ثمرة وقام الشفيح قبل الإبان فللشفيح الثمرة مع الأصل .
الباجي (١) : باتفاق .

وإن قام بعد الإبان فله أخذ الثمرة مع الأصل عند ابن القاسم ، وقال أشهب : إن اشتراها مأبورة أو غير مأبورة ثم أبرها المتباع فإنما يأخذ الشفيح الأصل فقط ؛ لأن الثمرة تبع ومأبور الثمرة للبائع .

وأما إن كانت الثمرة يوم الشراء مأبورة أو مزهية فمذهب ابن القاسم أن فيها الشفعة ما لم تيسس أو تجذ .
قيل : وليس في «الأمهات» ما لم تيسس .

وقال فيها : فيما إذا بيعت الثمرة مفردة أن فيها الشفعة ما لم تيسس ، وتأول بعضهم أن مذهبه فيها الفرق بين أن تباع مع الأصل ففيها الشفعة ما لم تجذ ، وبين أن تباع مفردة ففيها الشفعة ما لم تيسس ، والفرق قوة الشفعة في الأول ؛ لأنها ثابتة بالإجماع ، وقال مرة : هو اختلاف من قوله في الوجهين .

وتأولها بعضهم على أن فيها ثلاثة أقوال : ما لم تجذ ، وما لم تيسس ، والفرق .
والذي تأوله عبد الحق (٢) وغيره أن مذهب «المدونة» ما لم تيسس مطلقاً .

وعن مالك يأخذها الشفيح إذا كانت غير مأبورة يوم الشراء ، وإن جذت أو ييست .
وقال أشهب : إذا كانت مزهية فللشفيح أخذ الأصول دون الثمرة وهو مبني على أن الثمرة لا شفعة فيها .

الباجي (٣) : واختلف المذهب في ما إذا بيعت مزهية هل تفوت الثمرة أم لا ؟ وترد

(١) «المنتقى» (٢٠١/٦) .

(٢) «النكت والفروق» (٢١٧/٢) .

(٣) «المنتقى» (٢٠٢/٦) .

المكيلة أو الثمرة أو القيمة على قولين وعلى الفوات ، فقال مالك مرة : تفوت بالجداذ أو اليبس ، وقال مرة : لا تفوت إلا بأن تجذ ولا يعرف كيلها أو تجذ قبل طيبها ، وإذا فات فالمشهور أنه يحط عن الشفيح ، وانفق أنه لا يوضع لها شيء إذا لم تؤبر حصة الثمرة المزهية والمأبورة ، وقال ابن الماجشون : لا يحط عنه من الثمرة شيء ، وفيه نظر .

قوله : (بخلاف الزرع) أي : فلا يكون تبعاً للأرض ، وهذا هو المشهور أنه لا شفعة فيه سواء بيع منفرداً أو مع الأصل .

فرع :

قال الباجي^(١) : وإن اشترى أرضاً مزروعة بزرعها وجاء الشفيح قبل أن ينبت أخذها بزرعها ، فإن نبت أخذ الأرض دون الزرع ، فإن أخذ الشفيح الأرض بزرعها ؛ لأنه لم ينبت فليأخذها بالثمن وبقية الزرع على الرجاء والخوف .

وقال في «المدونة» : ولو قال قائل : يأخذها بالثمن ولما أنفق لم أعبه ، وهو أقيس واستحسن الأول ، وقال محمد : يأخذها بالثمن وبقية ما أنفق من البذر والعلاج .

وقال ابن القاسم : يأخذ الأرض والزرع بالثمن والنفقة ، كمن اشترى نخلاً لم يؤبر فأخذه الشفيح بعد الإبار .

وأما من اشترى أرضاً فزرعها فجاء الشفيح قبل أن ينبت الزرع فعلى مذهب ابن القاسم لا شفعة في الزرع جملة وعلى مذهب أشهب الشفعة في الأرض والزرع .

ويحتمل قول ابن القاسم وجهين :

أحدهما : أنه يأخذ بالشفعة في الأرض ، وإن لم ينبت الزرع على قول من أجرى الشفعة مجرى الاستحقاق .

والثاني : ليس له أن يأخذ الأرض بالشفعة حتى ينبت على قول من أجراها مجرى البيع فإذا جاء الشفيح وقد نبت الزرع فلا شفعة في الزرع عند ابن القاسم .

وقال في «الموازية» : له الشفعة إذا قام والزرع أخضر في الأرض والزرع جميعاً بل ليس له إلا ذلك .

وقال أيضاً في موضع آخر : له الشفعة في الأرض دون الزرع وأنكر سحنون قول أشهب في الزرع وقال بقول ابن القاسم .

(١) «المنتقى» (٦/٢٠٢) .

وفي «المقدمات»^(١) : إذا طرأ الشفيع على الرجل في أرضه المبذورة قبل أن يطلع البذر مثل أن تكون الأرض بين الشريكين يبيع أحدهما نصيبه منها فيريد الشريك الأخذ بالشفعة وهي مبذورة قبل طلوع البذر فتلاثة أحوال : إما أن يكون البذر للمشتري أو للبائع أو لأجنبي كمكثري الأرض ونحوه ، فإن كان المشتري هو الباذر فيأخذها الشفيع ، ويبقى البذر للمشتري على مذهب من يحمل الشفعة محمل البيع ؛ إذ لا يصح للرجل أن يبيع أرضه وهي مبذورة ، ويستثنى بذره .

وقيل : إنه يأخذ مع الأرض بقيمة البذر والعمل ، وقيل : بقيمته على الرجاء والخوف بمنزلة العلاج في الثمرة وإن كان الباذر هو البائع فيأخذها الشفيع مبذورة بجميع الثمن على القول الذي يرى في الزرع الشفعة ، وعلى القول بنفي الشفعة فيه يأخذها بما ينوبها من الثمن بجميع الثمن على القول أن الشفعة كالأستحقاق ، وعلى أنها كالبيع : فلا يأخذها حتى يبدو الزرع ، وإن كان الباذر غيرهما فيأخذ الأرض بالشفعة دون البذر بجميع الثمن من غير إشكال ، قال : وكذلك إن طرأ على الأرض والبذر قد نبت لا يخلو من الثلاثة الأحوال غير أن الوجهين يستوي الحكم فيهما ، وهو أن يكون البذر للمبتاع أو للأجنبي فيأخذ فيها الشفيع الأرض دون الزرع بما ينوبها من الثمن على القول الذي لا يبرأ الشفعة في الزرع ، قال : وأما إن طرأ الشفيع بعد أن يبس الزرع فلا شفعة فيه ويأخذ الأرض بجميع الثمن ، انتهى .

ونص في «البيان»^(٢) على أن المشهور من المذهب أن الشفعة تجري مجرى البيع لا الاستحقاق .

وَفِي قِيَمَةِ سَقِيهَا وَإِصْلَاحِهَا قَوْلَانِ .

مذهب «المدونة» أنه يرجع بقيمة ما سقى وعالج .

ابن المواز : ولو زاد على قيمة الثمرة .

وقال أشهب : يأخذ الثمرة بقيمتها على الرجاء والخوف ، ولو قال قائل : له قيمة ما

أنفق لم أر به بأساً .

(١) «المقدمات» (٣/٧٨) .

(٢) «البيان والتحصيل» (١٢/١٠٢) .

قال عبد الملك وسحنون : ليس على الشفيع إلا الثمن ؛ لأن المنفق أنفق على مال نفسه فلا يرجع إلا بما له عين قائمة .

وَفِي الثَّمَارِ ، وَالْكِتَابَةِ ، وَإِجَارَةِ الْأَرْضِ لِلزَّرْعِ قَوْلَانِ .

يعني : اختلف في ثبوت الشفعة إذا بيعت الثمار مفردة ، والقول بالشفعة لملك وابن القاسم وأشهب ومعظم الأصحاب .

مالك : وهو شيء استحسنته ولا أعلم أحداً قال به قبلي .

أشهب : لأنها تنقسم بالحدود كالأرض .

والقول بنفي الشفعة فيها لابن الماجشون قال : لا شفعة ولو بيعت مع أصولها .

ولأشهب قول ثالث : إن بيعت مع الأصول ففيها الشفعة لا إن بيعت مفردة ، واختلف

إذا بيعت مفردة فلمالك في «المجموعة» أن الشفعة فيها ما لم تزايد الأصل ، ولابن القاسم في «المدونة»^(١) : ما لم تيس ، كما تقدم قول ابن القاسم في «العتبية»^(٢) : والمقائي

كالثمار ، وكذلك الباذنجان والقطن والقرع ، ولا شفعة في البقول .

الباجي^(٣) : يريد أن كل ما له أصل تجنى ثمرته مع بقائه ففيه الشفعة .

قال في «البيان»^(٤) : ويتخرج في البقول الشفعة من القول بوجوبها في الثمرة ما لم تجذ .

فائدة :

لم يقل مالك بالاستحسان إلا في أربع مسائل :

الأولى : هذه .

والثانية : وجوب الشفعة من الأنقاض في الأرض المحبسة ونحوها .

الثالثة : القصاص بالشاهد واليمين .

الرابعة : في كل أمثلة من الإبهام خمس من الإبل .

وقوله : (وَالْكِتَابَةِ) ليست هذه المسألة من معنى الشفعة ؛ إذ ليس المراد أن أحد

(١) «المدونة» (٥٠/١٥) .

(٢) «البيان والتحصيل» (١٠٣/١٢) .

(٣) «المنتقى» (٢٠١/٦) .

(٤) «البيان والتحصيل» (١٠٣/١٢) .

الشريكين يدخل على الأجر ، وإنما المراد أن السيد إذا باع كتابته هل يكون المكاتب أحق بذلك أم لا .

ابن راشد : والكتابة من ناحية الدين ، والدين إذا بيع اختلف هل يكون من عليه هو أحق به أم لا ؟ وظاهر «المدونة» أنه لا يكون أحق به ، وعن مالك أراه حسناً ، وما أرى أن يقضى به ، وقال أشهب : يقضى به .

أشهب : وكذلك الكتابة .

وقيد في سماع أشهب كون المكاتب أحق بكتابته بما إذا بيعت كلها ؛ لأنه يعتق ، قال : فأما ما لا يعتق به فلا يكون أحق به ؛ لأنه لا يرجع إلى حرية ، وليس هذا حقيقة الشفعة ، ومن هذا المعنى ما في «الموازية» و «العتيبة» في من له امرأة ثلثها حر وبقاياها رق ، وولدها منه كذلك ، فأراد المولى بيعها فطلب الزوج أخذها ، فذلك له ؛ لأن فيه منفعة الابن فليأعاه عليه ، وذكر ابن حبيب عن مالك في أمة تحت حر له منها أولاد وهي حامل فبيعت مع أولادها ، أن الزوج أحقُّ بهم إن شاء ذلك ما بلغوا وقاله أصبغ ، ومثل هذا في «العتيبة» .

ابن رشد^(١) : ولو لم يكن له منها ولد لكان المشتري أولى ، والحامل مثل ذات الولد .

وروى عبد الرزاق عن عمر بن عبد العزيز أن رسول الله ﷺ قضى بالشفعة في الدين : وهو الرجل يكون له الدين على الرجل فيبيعه فيكون صاحب الدين أحق به^(٢) ، زاد في طريق آخر : « وإذا أدى مثل الذي أدى صاحبه » .

قوله : (وإِجَارَةَ الْأَرْضِ لِلزَّرْعِ) لا يريد خصوصية هذه المسألة بل كل كراء والقولان للملك ، ومذهب ابن القاسم في «المدونة» سقوطها ، وهو قول عبد الملك والمغيرة ، وبوجوبها قال مطرف وأشهب وأصبغ .

واختلف أيضاً في المساقاة كالكراء والأقرب سقوطها في هذا الفرع ؛ لأن الضرر فيها لا يساوي الضرر في العقار الذي وجبت الشفعة فيه .

(١) « البيان والتحصيل » (١٢/١٠٣) .

(٢) « أخرجه عبد الرزاق » (١٤٤٣٣) .

وَفِي الْبِنَاءِ الْقَائِمِ فِي أَرْضِ الْحَبَسِ وَالْعَارِيَةِ عَلَى جَوَازِ بَيْعِهِ - قَوْلَانِ ، وَيُقَدَّمُ الْمُعِيرُ بِالْأَقْلِّ مِنْ قِيَمَةِ النَّقْضِ أَوْ الثَّمَنِ ، فَإِنْ أَبِي فَلِلشَّرِيكِ بِالثَّمَنِ .

يعني : أن البناء إذا كان بين شريكين مشاعاً ولا ملك لهما في العرصه كما كانت محبسه أو معاره فباع أحدهما ، فهل للآخر الشفعة أم لا ؟ قولان : المشهور وجوب الشفعة ؛ وهي إحدى مسائل الاستحسان كما تقدم .

وقال ابن المواز : لا شفعة في ذلك .

واعلم أنه اختلف أولاً ، هل يجوز هذا البيع وهو المشهور أو لا ؟ وهو الذي رواه أشهب ، وقاله سحنون ؛ لأن المعير يقدم عليه ، وله أن يقيه ويعطي قيمة نقضه ، أو يأمر بقلع بنائه ، فلم يدر المبتاع ما اشترى نقضاً أو ذهباً أو ورقاً ، وإلى هذا الخلاف أشار بقوله له : على جواز بيعه .

وعلى الجواز فقال المصنف : يقدم المعير إلى آخره ، وهو كقوله في «المدونة» : وإذا بنى رجلان في عرصه رجل بإذنه ثم باع أحدهما نصيبه من النقض فلرب الأرض أخذ ذلك النقض بالأقل من قيمة النقض أو الثمن الذي باعه به ، فإن أبي فلشريكه الشفعة بالضرر ، والضرر أصل الشفعة ، وقد علمت أن قول المصنف بالأقل من قيمة النقض أو الثمن ، وهو مذهب «المدونة» ، وزاد عياض وغيره قولين :

أحدهما : أنه يأخذه بقيمته مقلوعاً فقط .

والثاني : أنه يأخذه بالثمن فقط .

ثم اختلف فقيل : يأخذه من المبتاع ، وقيل : من البائع بالأقل من قيمته أو الثمن ، ويفسخ البيع بينه وبين المبتاع ، فيرجع على البائع بما دفع له .

عياض : وجميع هذه الأقوال متأولة للشيخ على «المدونة» .

أبو الحسن : وظاهر «المدونة» أنه لا يكون على المعير إلا قيمة النقض سواء مضى زمان تعار تلك الأرض في مثله أم لا ، لكن قيدها أبو عمران بما إذا مضى زمان تعار فيه ، وإلا فله قيمة بنائه قائماً .

أبو عمران : وهكذا وقع لسحنون .

أبو الحسن : وهو مشكل ؛ لأنه وإن لم يمض أمد ما يُعار إلى مثله ، فقد سقط حقه في

بقية المدة إذا أراد الخروج فكان مثل ما إذا مضى أمد ما يعار إلى مثله ، وهذا كله في العارية المطلقة ، وأما المقيدة بزمان ولم ينقض ، فقال [ابن راشد]^(١) : إن باع قبل انقضاء أمد العارية على البقاء ، فللشريك الشفعة ، ولا مقال لرب الأرض ولو باعه على النقص قُدِّم رب الأرض كما تقدم .

خليل : وينبغي أن يتفق في الأحكام التي عندنا بمصر أن تجب الشفعة في البناء القائم فيه ؛ لأن العادة عندنا أن رب الأرض لا يخرج صاحب البناء أصلاً ، فكان ذلك بمنزلة مالك الأرض ، وقاله شيخنا رحمه الله تعالى .

وَفِي غَيْرِ الْمُنْقَسِمِ كَالْحَمَّامِ وَنَحْوِهِ قَوْلَانِ بِنَاءٍ عَلَى أَنَّهَا لَضَرَرِ الشَّرِكَةِ أَوْ لَضَرَرِ الْقِسْمَةِ....

يعني : وفي الشفعة فيما لا يقبل القسمة إلا بضرر (قَوْلَانِ) وهما لمالك .
ابن عبد السلام : وفي «المدونة» ما يدل على كل واحد منهما ، انتهى .
وبعدم الشفعة قال ابن القاسم ومطرف وابن الماجشون وأصبغ .
صاحب [«الذخيرة»]^(٢) [٣] : وعدم الشفعة هو المشهور .

صاحب «المعين» : وبه القضاء وأفتى فقهاء قرطبة به لما جمعهم القاضي منذر بن سعيد إذ كان به القضاء عندهم ، فرفع الشفيع أمره إلى أمير المؤمنين عبد الرحمن بن محمد وقال : حكم علي بغير قول مالك ، فوقع بخط يده إلى القاضي أن يحمله على قول مالك ، ويقضي له به ، فجمع القاضي منذر بن سعيد الفقهاء ، وشاورهم فقالوا : مالك يرى في الحمام الشفعة ، ففضى منذر بذلك وحكم له بها .

وقال ابن الحارث : وأخبرني من أثق به أنه جرى العمل عند الشيوخ بقرطبة بإيجاب الشفعة .

وقوله : (كَالْحَمَّامِ وَنَحْوِهِ) : أي من الأبرجة والآبار والعيون والشجرة الواحدة وشبه ذلك ومنشؤها ما أشار إليه المصنف وهو أن الشفعة إنما شرعت لدفع الضرر ، وهل ذلك لدفع ضرر الشركة ؟ فتجب الشفعة في ذلك حتى لا يضر بالشريك الداخل ، أو إنما ذلك

(١) في ط : ابن رشد .

(٢) في ط : الوجيز .

(٣) «الذخيرة» (٧/٢٩١) .

لدفع ضرر القسمة ؛ لأن أخذ الشركاء له به طلب الباقي بالقسمة ، فإذا اشترى أجنبي من أحدهم خشي الباقي أن يدعوهم المشتري إلى القسمة ، وقد يكون ذلك مضراً بهم ؛ لأن كل واحد يحتاج إلى استحداث مرافق في نصيبه غالباً فسرعت الشفعة لرفع هذا الضرر ، وعلى هذا فلا شفعة فيما لا ينقسم ، لعدم حصول هذا الضرر فيه ، والأول أظهر للاتفاق على وجوب الشفعة في ما ينقسم من حيث الجملة إلا أنه لا يمكن فيه القسمة لكثرة الشركاء ، وتنازعا في قوله عليه السلام : «الشفعة فيما لم ينقسم»^(١) هل المعنى عام فيما يقبل القسمة وما لم يقبلها ؟ أو هو مقصور على ما يقبلها ؛ لأن نفي الصفة عن الذات يستدعي قبولها ، ولهذا لا يقال : الأعمى لا يبصر ، ومن منع ذلك استدلل بقوله تعالى : ﴿ لَا تَأْخُذْهُ سِنَّةٌ وَلَا نَوْمٌ ﴾ [البقرة: ٢٥٥] .

وفي المناقل به - وهو أن يبيع حصته بصفة أو دار وزيادة - ثالثها : إن علم القصد للسكنى فلا شفعة ، ورابعها : إن ناقل حصته حصّة لبعض شركائه فلا شفعة

لم يختلف في وجوب الشفعة إذا بيع الشقص بعين أو عرض ، واختلف إذا بيع بصفة أخرى أو دار كاملة لأجنبي أو بعض شركائه ، فمذهب ابن القاسم وروايته عن مالك وجوب الشفعة في ذلك .

ابن القاسم في «العتبية»^(٢) : وهو الشأن .

قال في «البيان»^(٣) : وهو الصحيح ؛ لأنه بيع فكان كغيره ، والقول بعدم الشفعة مطلقاً لم أره ، ولعل صاحبه رأى أن المناقلة من باب المعروف .

والقول الثالث : هو الذي كان مالك يقول : إنه إن أراد بالمناقلة السكنى ولم يرد البيع لا شفعة في ذلك وقاله ربيعة .

والقول الرابع : عده المصنف خلافاً ، وهو أمر يحتمل ؛ لأن الذي نقله العتبي وتبعه اللخمي وابن رشد^(٤) وغيرهما أن مطرف وابن الماجشون قالا : إن المناقلة التي قال مالك :

(١) أخرجه ابن ماجه (٢٤٩٧) وابن حبان (٥١٨٥) والبيهقي في «الكبرى» (١١٣٤٤) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه ، وصححه الألباني - رحمه الله - .

(٢) «البيان والتحصيل» (٥٥/١٢) .

(٣) «البيان والتحصيل» (٥٦/١٢) .

(٤) «البيان والتحصيل» (٥٦/١٢) .

لا شفعة فيها إنما هي إذا باع الرجل شقصه من شريكه بشقص له فيه شرك فيكون كل واحد إنما أراد التوسع في حصته بما صار إليه ، فأنت ترى أنهما إنما ذكرا ذلك على وجه التقييد لكن يحتمل ألا يكون مالك قصد ذلك فيكون خلافاً ، ولعل ما نقلناه من قول مالك بنفي الشفعة هو القول الثاني من كلام المصنف .

المتيطي : ورواية مطرف القضاء ، وكان ابن القاسم يقول : إنَّ مالكاً رجع عنه وهذا يدل على أن رواية مطرف خلاف في الوجهين .

[وفي «الوجيز»] (١) : وفي المناقلة الشفعة سواء كانت بين الشركاء أو الأجنبي ، وقيل : ثابتة بين الأجنبي ساقطة بين الشركاء ، وهو المشهور ، والله أعلم .

وَلَا شُفْعَةَ فِيمَا عَدَاهُ مِنْ حَيَوَانَ وَعَرُوضٍ ، وَمَمَرٍ ، وَمَسِيلٍ مَاءٍ .

تصوره ظاهر ، وحكى بعض الحنفية عن مالك وجوب الشفعة في السفن ؛ لأنها تشبه الربع .

ابن عبد السلام : وهو لا يصح ، نعم تجب الشفعة عند أهل المذهب في رقيق الحائض ودوابه على أن بعض الشيوخ خرَّج في ذلك خلافاً من الخلاف في حجر الرحي .

ابن عبد السلام : ولا يبعد أن يخرج في الممر والمسيل الخلاف في النخلة الواحدة وشبهها .

فرعاً :

الأول : لا شفعة لذي علو على سفلى ولا بالعكس .

الثاني : اختلف في الجدار المشترك بين الدارين ، ففي «المدونة» : فيه الشفعة .

ابن شبلون : معناه إذا بيع مع شيء من الدار لا أن يباع وحده .

اللخمي : وعلى أصل أشهب لا شفعة ؛ لأنه منع أن يقسم وإن حمل القسم ، وقال :

يبقى مرتفقاً لهما يحمل كل واحد منهما خشبه عليه .

المتيطي : وإذا قلنا بالشفعة فيه فإن الشفعة تكون فيه بحصته من الثمن بعد التقويم ،

قاله غير واحد من الموثقين ، قال : إن كان الحائض لبائع الدار والجار حمل خشبه عليه فالشفعة له بذلك .

وحمل غير ابن شبلون «المدونة» على ظاهرها من وجوب الشفعة في الجدار وإن بيع مفرداً وهو الظاهر ، وقال ابن نافع : لا شفعة في الجدار .

وَتَسْقُطُ بِصَرِيحِ اللَّفْظِ ، وَمَا فِي مَعْنَاهُ كَالْمُقَاسِمَةِ وَالسُّكُوتِ وَهُوَ بَيْنِي وَيَهْدِمُ وَيَغْرِسُ (صَرِيحِ اللَّفْظِ) كما لو قال : أسقطت شفعتي أو لا أخذ بها ونحو ذلك ، قال في [«المدونة»^(١)](٢) : وإن سلم الشفيع بعد البيع فلا مقال له علم الثمن أو جهله .

ابن يونس : إلا أن يأتي من ذلك ما لا يكون ثمناً لقلته فلا يلزمه تسليمه .

قوله : (وَمَا فِي مَعْنَاهُ) ظاهر التصور ، وصرح بعض الشيوخ بنفي الخلاف من المقاسمة ، أعني مقاسمة الشفيع للمشتري وأما مقاسمة الشفيع لغيره ففي «المدونة»^(٣) عن مالك : من اشترى شقصاً من دار وله شفيع غائب فقامم الشريك ثم جاء الشفيع فله نقض القسم وأخذه ؛ إذ لو باعه المشتري كان للشريك رد بيعه ، وقاله ابن القاسم وأشهب .

وفي «الموازية» مثل ذلك وإن كانت المقاسمة من السلطان .

أشهب : وإنه ليأخذ بالغالب أن ليس له رد القسم ؛ لأنهم قاسموا من يجوز قسمه .

وقال سحنون : يمضي القسم وللشفيع أخذ ما وقع للمبتاع في القسمة بالشفعة .

ومنع بعض الشيوخ من مقاسمة المشتري إذا كان الشريك غائباً ؛ لدخول المشتري على أن للغائب حقا في الشفعة فكيف يقاسم ؟ وأشار بعض الشيوخ إلى أن المذهب اختلف في دلالة الهدم والبناء والغرس على إسقاط الشفعة .

فرع :

وإن سلم على صفة ثم تبين خلافها فله الأخذ ، ففي «المدونة»^(٤) : وإذا أخبر الشفيع بالثمن فسلم ثم ظهر أن الثمن أقل فله الأخذ ويحلف لاحتمال أنه سلم كراهية في الأخذ ، وقال أشهب : لا يمين عليه لظهور سبب تسليمها .

وفيها : إذا قال له : وقد ابتاع فلان نصف نصيب شريكك ثم قال له : قد ابتاع الجميع فله الأخذ .

(١) في ط : البيان .

(٢) «المدونة» (١٤/٤١٠) .

(٣) «المدونة» (١٤/٤١٠) .

(٤) «المدونة» (١٤/٤٠٨) .

ابن يونس : لأنه يقول : لم يكن لي غرض في أخذ النصف لبقاء الشركة ، فلما علمت أنه أخذ الكل ، أخذت لارتفاع الشركة .

وقال أشهب وابن المواز : يلزم إسلام جميع النصف، وإنما له أن يأخذ النصف الآخر . وفي «المدونة»^(١) : إن قيل له : قد اشترى فلان فسلم ثم ظهر أنه قد ابتاعه مع آخر فله القيام وأخذ حصتهما ؛ لأنه يقول : إنما رضيت بشركة هذا .

وقال أشهب : يلزمه التسليم للذي أسلم له ، ويأخذ حصة الآخر إن شاء ثم تكون الحصة التي أسلمها أولاً بين المشتريين ؛ لأنهما اشتركا في اشترائهما دفعة واحدة وإن رضيا بالتمسك بما سلم وإن شاء ألزمه أخذ ما سلم أو يسلم لهما [جميع المشتري]^(٢) .

وَكَذَلِكَ شِرَاؤُهَا ، وَمُسَاوَمَتُهَا ، وَمُسَاقَاتُهَا ، وَاسْتِثْبَارُهَا خِلَافاً لِأَشْهَبَ .

لما ذكر ما يدل على إسقاط الشفعة باتفاق ، أتبعه بما هو مختلف فيه ، وكلامه يدل على أن أشهب يخالف في الجميع ، وكذلك قال ابن شاس^(٣) .

وقال ابن عبد السلام : لا يتصور الخلاف في الشراء ؛ لأنه إذا اشترى منه فإن شفع بالصفقة الأولى ، فذلك يستلزم فسخ الثانية مع إبطال الصفقة الأولى ، ودليل الرضا بها موجود ، وإن شفع بالصفقة الثانية فقد أبطلها ، ولا فائدة في الانتقال من الشراء الثاني إلى الشفعة بثمنه .

خليل : وانظر لو اشترى الشفيع الحصة جاهلاً بحكم الشفعة هل يعذر بذلك أم لا ؟ ومذهب «المدونة» أن شفيعه تسقط بالكرء والمساقاة والمساومة ؛ لأنه ملك أخذه بغير كراء ولا مساومة ولا مساقاة .

وحكى ابن المواز عن أشهب ما حكاه المصنف عنه وهو ظاهر في المساومة ؛ لأن من حجة الشفيع أن يقول : إنما ساومته رجاء أن يبيعي بأقل وإلا فلي أن أرجع إلى الشفعة . وإلى هذا أشار اللخمي ، قال : ويحلف ثم يأخذ بالشفعة .

وقيد اللخمي هذا الخلاف بما إذا كان الكراء والمساقاة ينقضي أمدهما قبل السنة من يوم

(١) «المدونة» (٤٠٨/١٤) .

(٢) في ط : جميعاً الشراء .

(٣) «الجواهر» (٧٧٥/٢) .

العقد ، وأما إن كان لا ينقضي إلا بعدها فلا شفعة بالاتفاق وهذا إذا انعقد الكراء مع الشفيع ، فإن انعقد بين المشتري وغير الشفيع ، فاختلف الأندلسيون هل للشفيع أن ينقض العقد أو لا ؟ وهو الذي تدل عليه «المدونة» عندهم ، أو يفرق بين الأجل القريب والبعيد ، وعلى تقدير ألا ينقضي فالكراء للمشتري ، ويؤخذ من إسقاطه في «المدونة» الشفعة بالكراء أن الشفيع إذا قاسم المبتاع الأرض للحرث أنه تسقط الشفعة ؛ لأن كل واحد أكرى نصيبه من صاحبه ، وقاله ابن عبد الغفور ولو قاسمه الغلة ، فقال ابن القاسم : لا تسقط ، وقال أشهب : تسقط كما لو قاسمه بالخرص فيما يخرص للحاجة .

وأما إن جذت الثمرة فاقسماها بالكيل فلا يقطع ذلك شفيعته .

وَفِي بَيْعِ الْحِصَّةِ الْمُسْتَشْفَعِ بِهَا قَوْلَانِ .

يعني : إذا وجبت الشفعة للشفيع فهل من شرط ذلك بقاء حصته بيده حين الأخذ وهو مراده بقوله : (المُسْتَشْفَعُ بِهَا) أو لا وله الأخذ وإن باع حصته (قَوْلَانِ) وهما للمالك ، واختار أشهب وغير واحد القول بسقوط الشفعة ؛ لأنها إنما وجبت للضرر .

ابن عبد السلام : وظاهر قول ابن القاسم التفرقة بين أن يبيعه غير عالم فالشفعة له وبين أن يبيعه عالماً فلا شفعة له .

وفي «البيان»^(١) : ظاهر ما في «المدونة» أنه لا شفعة له إذا باع نصيبه ، وإن باع غير عالم ؛ لأنه قال في من باع شقصاً بخيار ثم باع صاحبه بتلاً أن الشفعة لمشتري الخيار على مشتري البتل ، ونسب التفرقة بين أن يعلم أو لا لابن القاسم في سماع عيسى ، قال : وعلى الإسقاط فإن باع حين حظه فله الشفعة بقدر ما بقي من حظه ، ووقع اختلاف قول مالك في هذا في كتاب ابن عبدوس .

وقال أشهب : أحب إلى أن لا شفعة له بعد بيع نصيبه أو بعضه ؛ لأنه إنما باع راغباً في البيع ، وإنما الشفعة للضرر ، فلم يكن له شفعة فهو قول رابع ، ونص ابن ميسر على أنه إذا باع لا شفعة له إلا أن تبقى له بقية أخرى .

قال في «البيان»^(٢) : وقوله : إلا أن تبقى له بقية أخرى ، يحتمل : فله الشفعة بقدرها

(١) «البيان والتحصيل» (٧٢/١٢) .

(٢) «البيان والتحصيل» (٧٢/١٢) .

ما بقي كأحد قولي مالك وظاهر ما في «المدونة» ، ويحتمل أن يريد : إلا أن تبقى له بقية أخرى فله أخذ الجميع ، فيكون قولاً خامساً .

قال : وأظهر هذه الأقوال كلها الفرق بين أن يبيع عالماً يبيع شريكه حظه أو غير عالم . وقال اللخمي : اختلف بعد القول : إن الشفعة تسقط إذا باع بعض نصيبه هل تسقط من الشفعة بقدر ما باع ؟ والذي رأى أن يستشفع بالجميع ؛ لأن الشفعة تجب بالجزء اليسير في الكثير المبيع .

وَفِي تَرْكِ الْقِيَامِ مَعَ عِلْمِهِ حَاضِرًا ثَالِثًا : تَسْقُطُ بَعْدَ مُضِيِّ مُدَّةٍ طَوِيلَةٍ ، قِيلَ : سَنَةٌ ، وَقِيلَ : فَوْقَهَا ، وَقِيلَ : فَوْقَ ثَلَاثٍ ، وَقِيلَ : فَوْقَ خَمْسٍ .

أي : إذا ترك القيام مع علمه ولم يأخذ بالشفعة فهل يكون ذلك إسقاط الشفعة أم لا ؟ والقول بالسقوط لابن وهب ، ورأى أن الأخذ بالشفعة على الفور كالرد بالعيب ، والقول بأنه لا يسقط حقه مطلقاً لمالك .

الأبهري : وهو القياس ؛ لأنه حق ثبت له .

فلا يسقطه سكوته .

والثالث هو المشهور تسقط بعد مضي مدة طويلة ، واختلف في حدّها ، فروى أشهب :

السنة ولا شفعة بعدها ، وهو مذهب «الرسالة» .

المتطي : وعليه العمل ، وبالع أشهب في هذا القول : فقال : إذا غربت الشمس من

آخر أيام السنة فلا شفعة .

ومذهب «المدونة» أن ما قارب السنة له حكمها .

قال في «الوثائق» : الشهر والشهران ، وبه قال ابن الهندي ، وحكى العبدري ثلاثة

أشهر ، وقال ابن سهل : أربعة أشهر .

وقال أصبغ في «الواضحة» : هو على الشفعة ثلاث سنين ونحوها .

وقال مطرف وابن الماجشون في شفيع حاضر قام بشفيعته بعد خمس سنين ، وربما قيل

له أكثر من ذلك ، فقال : لا أرى هذا طولاً ما لم يحدث المشتري بناء .

ونحوه لعبد الملك في «المبسوط» أن العشر سنين لا تقطع الشفعة وإنما يقطعها ما زاد

على ذلك كالحيازة ، وروي عن أبي عمران ثلاثون سنة .

وقال بعضهم : خمس عشرة سنة .

قال في «المقدمات»^(١) : وكان ابن الماجشون يقول بإيجاب الشفعة للحاضر إلى أربعين سنة ثم رجع إلى العشرة .

[فرع]^(٢) : وهل يحلف ما كان وقوفه تركاً للشفعة في السنة ؟

نقل [في]^(٣) «الكافي»^(٤) عن مالك أنه إن قام عند رأس السنة فلا يحلف ، وروي عنه أنه يحلف ولو قام بعد جمعة .

وفي «المدونة»^(٥) : ولم ير مالك التسعة أشهر ، وفي رواية : لا السبعة أشهر كثير ولا السنة كثير ، أي قاطعاً لحقّه في الشفعة ؛ لأنه إن تباعد هكذا يحلف ما كان وقوفه تركاً للشفعة ، وفي «الموازية» عن مالك : يحلف في سبعة أشهر أو خمسة لا شهرين .

ابن العطار وابن الهندي وغيرهما من الموثقين : وظاهر «المدونة» أنه لا يحلف في السبعة أشهر ، وحمل ابن رشد^(٦) «المدونة» على أنه يحلف في السبعة .

تنبيه :

ما ذكرناه أن للشفيع القيام بالشفعة بعد سنة أو أكثر على الخلاف إنما هو إذا لم يحضر البيع ، وأما إذا حضر وكتب شهادته ثم قام بعد عشرة أيام ، فروي عن مالك أنه يحلف ما كان ذلك منه تركاً للشفعة ويأخذها .

المتبطي : قال غير واحد من الموثقين : ولم يصحب هذه الرواية عمل .

قال في «البيان»^(٧) : وتحصيلها إن لم يكتب شهادته به ، فإن أقام في القرب كالشهر والشهرين فله الشفعة بلا يمين ، وإن لم يقيم إلا بعد السبعة أو التسعة أو السنة فله الشفعة بيمين على ما في «المدونة» ؛ وإن طال الأمد أكثر من السنة فليس له الشفعة ، وإن كتب

(١) «المقدمات» (٣/٧١) .

(٢) في ط : ابن عبد السلام .

(٣) سقط من ط .

(٤) «الكافي» (٢/١٨٥) .

(٥) «تهذيب المدونة» (٣/٣٢٣) .

(٦) «البيان والتحصيل» (١٢/٥٩) .

(٧) «البيان والتحصيل» (١٢/٥٩) .

شهادته وقام بالقرب كالعشرة أيام ونحوها فله الشفعة بيمين وإن لم يقم إلا بعد شهرين فلا شفعة .

خليل : وانظر هذا مع قوله في «المدونة»^(١) : وإذا علم بالاشترء فلم يطلب شفעתه سنة فلا يقطع ذلك شفעתه ، وإن كان قد كتب شهادته في الاشترء ، فإن ظاهره أنه لا فرق في ذلك بين أن يكتب شهادته أم لا ، خلاف ما حصله ابن رشد .

فرعاً :

أولهما : لو اختلف المتابع والشفيع في مرور السنة ، فالشفيع مصدق مع يمينه إذا لم تقم بيته .

الثاني : لو أنكر الشفيع العلم وهو حاضر فقال أبو الحسن عن ابن القاسم وأشهد : إنه يصدق وإن طال ؛ لأن الأصل عدم العلم .

المتيطي : وهو ظاهر المذهب وقاله غير واحد من الموثقين ، ويحلف على ذلك .

محمد بن عبد الحكم وابن المواز : يصدق ولو بعد أربعة أعوام .

ابن المواز : فإن الأربعة كثير ولا يصدق في أكثر منها .

فائدة :

في المذهب مسائل حُدَّ فيها بالسنة : هذه ، واللُّقطة ، والمعترض لتمضي عليه الأزمنة ، وكذلك المجنون ، والأجذم ، والأبرص ، والمستحاضة عدتها سنة ، وكذلك المرتابة ، والمريضة ، والجرح لا يحكم فيه إلا بعد السنة لتمضي عليه الفصول الأربعة ، والبنت تقيم عند زوجها سنة ولم يصبها ثم تطلق فإنها لا تجبر بعد ذلك ، واليتيمة تمكث في بيتها سنة فإنها تحمل على الرشد على قول ، وقيل : ثلاث سنين ، وقيل : لا يجوز فعلها أبداً إلا بالبينة على الرشد والذي يوصي بشراء عبد ليعتق وأبى ربه البيع ، فإنه يستأنى سنة ، وإذا قام شاهد بالطلاق فأبى أن يحبس سنة ثم يخلى مع امرأته وقيل : تطلق بالنكول والحيازة إذا حاز الموهوب الهبة سنة صح الحوز فيها ، وإن رجعت إلى الواهب على المشهور والزكاة والصوم لا يجبان إلا بعد السنة ، والعمرة لا يباح فعلها على المشهور في السنة إلا مرة ، وعهدة السنة والشاهد إذا تاب من فسقه قيل : لا بد من مضي ستة أشهر ، وقيل : لا حدَّ

(١) «المدونة» (١٤/٤١٠) .

لذلك إلا بحسب ما يعلم عنده .

وَالْغَائِبُ عَلَى شُفْعَتِهِ مَا لَمْ يُصْرَحْ ، فَإِذَا قَدِمَ فَكَالْحَاضِرِ مِنْ حِينَ قُدُومِهِ .

يعني : أن الغائب على شفيعته علم أو لم يعلم إلا أن يصرح بإسقاطها أو ما في معنى ذلك كما لو أمر بالمقاسمة معه ونحو ذلك ، وقيد أشهب هذا إذا لم يكن موضعه قريباً ، قال : وأما إن كان قريباً لا مؤنةً عليه بالنهوض ، فطال زمانه بعد علمه بوجود الشفيعه ، فهو كالحاضر .

وقال غيره في «المجموعة» : وليس المرأة الضعيفة ومن لا يستطيع النهوض في ذلك مثل غيرهم ، وإنما فيه اجتهاد السلطان .

مطرف وابن الماجشون : والمريض والحاضر والصغيرة والبكر كالغائب ، ولهم بعد زوال ذلك العذر ما للحاضر سواء كان المريض أو الغائب عالماً بشفيعته أو جاهلاً .

وقال أصبغ : المريض كالصحيح إلا أن يشهد في مرضه قبل مضي وقت الشفيعه أنه على شفيعته وأنه ترك التوكيل عجزاً عنه وإلا فلا شيء عليه بعد ذلك .

واختار ابن حبيب قول مطرف وابن الماجشون ، وأخذ الباجي^(١) من قول أصبغ في المريض ، أن الشفيعه إنما تكون للغائب إذا لم يعلم .

وأما إن علم فلا يكون ذلك إلا بالإشهاد كالمريض .

وحكى في «الاستذكار»^(٢) عن جماعة من العلماء من أصحابنا وغيرهم أنه ليس على الغائب إسهاد ولا يمين .

وقوله : (فَإِذَا قَدِمَ فَكَالْحَاضِرِ مِنْ حِينَ قُدُومِهِ) تصوره ظاهر ، ولو قيد هذا بما إذا لم يتقدم له علم في غيبته ، وأما إن علم فلا يوسع له في الأجل كالحاضر لما بعد .

وَإِنْ عَلِمَ فَغَابَ فَكَالْحَاضِرِ .

هذا فيه إطلاق يقيد بما في «المدونة» ففيها : إن سافر الشفيع بحدثان الشراء فأقام سنين كثيرة ثم قدم فطلب الشفيعه ، فإن كان سفره يعلم أنه لا يؤوب منه إلا بعد أجل تنقطع فيه الشفيعه للحاضر بجوازه فلا شفيعه له ، وإن كان سفره يؤوب منه قبل ذلك ، فعاقه أمر

(١) «المنتقى» (٢٠٩/٦) .

(٢) «الاستذكار» (٢٧٤/٢١) .

يعذر به فهو على شفעתه ، ويحلف بالله ما كان تاركا لشفعته أشهد عند خروجه أنه على شفعته أم لا .

وقوله : بجوازه : كذا وقع في «التهذيب»^(١) ، ونقله عبد الحق^(٢) وغيره ، ولا يسقط قبل المجاوزة لاحتمال أن يكون من يأخذ له ولو في طريقه .

وقال اللخمي : متى سافر السفر المذكور سقطت شفعته ولو عاد بالقرب .

وَوَلِيُّ الْمَحْجُورِ عَلَيْهِمْ كَالشَّفِيعِ ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ فَكَالْغَائِبِ .

يعني وحكم ولي المحجور عليهم من أب أو وصي كالشفيع في الأخذ والإسقاط والسكوت .

المتيطي : ويلزمهما اليمين إذا قاما بعد شهرين من البيع كالأخذ لنفسه .

ابن عبد السلام : وهذا كالمفتق عليه في المذهب ، إلا أن بعض الشيوخ حكى خلافاً في سقوط شفعة الوصي بسكوت الوصي عنها ، فإن لم يكن له أب ولا وصي ، نظر القاضي أو مقدمه فإن كان بموضع لا سلطان فيه ، أو لم يرفع الأمر إلى السلطان فهو كالغائب ، فيكون على شفعته إذا رشد ويمضي لذلك عام ونحوه على ما تقدم .

قال في «المدونة»^(٣) : ولو سلم من ذكرنا من أب أو وصي أو سلطان شفعة الصغير لزمه ذلك ولا قيام له إن كبر .

أبو الحسن : وظاهرها كان الأخذ نظراً أو لا ، وبه قال أبو عمران ، وقال غير واحد من الموثقين : إن ثبت أن إسقاط الشفعة سوء نظر من الأب أو الوصي ، وأن الأخذ بها كان نظراً فهو على شفعته .

وفي «الموازية» : إذا علم من الوصي أنه ضيع من الأخذ بالشفعة وأن ذلك كان على غير حسن نظر ، ومضى للبيع خمس سنين فلا شفعة للصغير إذا رشد .

أبو عمران : وإن سلم القاضي شفعة الصغير ، وليس ذلك بنظر ، فإن ذلك لا يقطع شفعته ؛ لأنه إنما يصير كأنه رفع إليه فلم يحكم وليس هو كالأب والوصي يسلمان الشفعة ، فإن شفعته تسقط .

(١) «تهذيب المدونة» (٣/٣٢٣) .

(٢) «النكت والفروق» (٢/٢٢٠) .

(٣) «تهذيب المدونة» (٣/٣٢٣) .

المتيطي وابن راشد : وهو خلاف ما قاله مالك في الأب والوصي .

وَلَهُ مَطْلَبَتُهُ بِالْأَخْذِ أَوْ الْإِسْقَاطِ بَعْدَ الشَّرَاءِ لَا قَبْلَهُ .

يعني : وللمشتري مطالبة الشفيع بأحد أمرين : إما أن يأخذ بالشفعة ، وإما أن يسقط لما يلحقه من الضرر بترك التصرف فيما اشتراه ، ولهذا لا تكون له المطالبة إلا بعد الشراء وأما قبله فلا لعدم الضرر حينئذ .

وَفِي إِمْهَالِهِ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ قَوْلَانِ .

أي : إذا طلب الشفيع الإمهال لينظر [أو] ^(١) يستشير لما وقفه المشتري فهل يمهل ؟

قال في «الموازية» : ولا يمهل ولو ساعة واحدة [وقاله] ^(٢) أشهب في «المجموعة» .

المتيطي وابن راشد : وهو المشهور المعمول به قالوا تبعاً لصاحب «البيان» ^(٣) .

وظاهر «المدونة» أنه يؤخذ في النقد لا في الارتياء والقول بأنه يؤخر ثلاثة أيام لملك في «المختصر» .

الللخمي : وهو أحسن إذا كان إيقافه فور الشراء .

قال في «البيان» ^(٤) : وقاسه ابن عبد الحكم على استتابة المرتد ، والأول كقول مالك في

الولي أنه لا يؤخر لينظر ، وفي الزوجين المجوسيين يسلم الزوج ، فإنه يعرض الإسلام عليها ولا تؤخر ، وكذلك المملكة يوقفها فإنها لا تؤخر ، إما أن تقضي أو ترد .

ولا يؤخذ المشهور من كلام المصنف ؛ لأن قوله : (وَفِي إِمْهَالِهِ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ) لا يؤخذ منه

أن القول الآخر لا يمهل البتة لاحتمال أن يمهل يوماً أو يومين .

ابن المواز : وهذا كله إذا أوقفه الحاكم وأما إذا أوقفه غير السلطان فهو على شفيعته حتى

يوقفه السلطان أو يترك ، وإن أخذ بالشفعة وسأل التأخير في دفع الثمن ، فإنه يؤجل ثلاثة

أيام قاله في «المدونة» ^(٥) وبه العمل والقضاء .

(١) في ط : و .

(٢) في ط : وقال .

(٣) «البيان والتحصيل» (٦٦/١٢) .

(٤) «البيان والتحصيل» (٦٦/١٢) .

(٥) «المدونة» (٤١١/١٤) .

وقال عبد الملك في «الثمانية» : يؤخر عشرة أيام ونحوها مما يقرب ولا يكون على المشتري فيه ضرر .

وقال أصبغ : بؤجل على قدر المال في القلة والكثرة ، وحاله في اليسر والعسر فيؤجل خمسة عشر يوماً ، وأقصى ذلك الشهر إذا رآه الحاكم ، ولا أدري ما وراء ذلك .

فرع :

وإذا كان المشتري غائباً وطلب الشفيع التأخير حتى ينظر ، فقال مالك : ليس ذلك له وإن كانت الغيبة قريبة كالساعة آخر .

وَلَوْ أُسْقِطَ بِعَوْضٍ جَازَ .

أي : إذا وجبت الشفعة للشفيع فله أن يأخذ على ذلك العوض وهو ظاهر .

وَلَوْ أُسْقِطَ قَبْلَهُ لَمْ يَلْزَمْ وَلَوْ بِعَوْضٍ .

أي : (وَلَوْ أُسْقِطَ) الشفيع الشفعة قبل شراء المشتري ، فإن قال له : اشتر ولا شفعة لي عليك ، لم يلزمه ذلك الإسقاط وكان له الأخذ بالشفعة بعد الشراء .

ابن يونس : لأن من وهب ما لا يملك لم تصح هبته .

أشهب وعبد الملك : كمن أذن له ورثته أن يوصي بأكثر من الثلث في صحته ، فإن ذلك لا يلزمهم .

الللخمي : ويجري فيها قول بلزوم ما التزم ممن قال : إن اشتريت عبد فلان فهو حر ، وإن تزوجت فلانة فهي طالق ، وقد قالوا في من قاله لزوجته : إن تزوجت عليك فأمر التي أتزوجها بيدك ، فأسقطت ذلك الخيار قبل أن يتزوج ، أن ذلك لازم لها وهي في الشفعة مثله ؛ لأنه أدخل المشتري في الشراء لمكان الترك ولولا الترك لم يشتر .

قوله : (وَلَوْ بِعَوْضٍ) هو للمبالغة ؛ لأنه إذا كان بعوض كان أقوى ، وقد يقال : إذا كان بغير عوض يكون أقوى ؛ لأن المعاوضة على ذلك قبل الشراء لا تجوز وما كان كذلك ففسخ بخلافه إذا كان بغير عوض ، فإنه هبة وهي جائزة بالمجهول .

وعلى هذا فلا يحسن قول المصنف : (وَلَوْ بِعَوْضٍ) نعم يحسن عكسه ، وهو أن يقول : ولو كان بغير عوض ، ونقل ابن بزيمة في اللزوم قبله قولين على لزوم الوفاء بالعهد .

خليل : وقد يقال : هما على الخلاف فيما جرى سببه دون شرطه ؛ لأن الشركة سبب والبيع شرط ، والله أعلم .

الآخذُ : الشَّرِيكُ وَالْمُحْبِسُ إِنْ كَانَتْ تَرْجِعُ إِلَيْهِ وَإِلَّا فَلَا ، إِنْ أَنْ يُرِيدَ الْمُحْبِسُ أَوْ الْمُحْبِسُ عَلَيْهِ إِحْقَاقَهَا بِالْحَبْسِ فَقَوْلَانِ

هذا شروع منه في الكلام على الركن الثاني ، واحترز بالشريك من الجار فلا شفعة له عندنا .

والمحبس إنما ترجع إليه الحصة المحبسة إذا حبسها بمعنى العمري كما إذا قال : أعمرتك داري فإنها ترجع بعد موت المُعَمِّر ، وأما لو حبس فلان وعقبه ، أنها لا ترجع على المحبس على المشهور بل ترجع حبساً على أقرب الناس بالمحبس يوم المرجع ، وقيل : ترجع ملكاً له .

فعلى هذا القول الشاذ : للمحبس الشفعة ، وعلى كل تقدير فكلامه ليس بظاهر ؛ لأنه إن أراد المعمر بإطلاق المحبس مجازاً لا قرينة تدل على إرادته إلا أن يقول : القرينة ما ذكره في كتاب الحبس .

وإن أراد المحبس في الصورة المذكورة فيكون كلامه على خلاف المشهور .

(وإِلَّا فَلَا) أي : وإن لم يكن المحبس يرجع إليه فلا شفعة له باتفاق .

قوله : (إلا أن يريد المحبس أو المحبس عليه) إلحاق الحصة المبيعة بالمحبس (فَقَوْلَانِ) ومذهب «المدونة» أن الشفعة للمحبس دون المحبس عليهم .

الللخمي : لأنهم لا أصل لهم بخلاف المحبس .

وقال مطرف وابن الماجشون وأصبح : للمحبس عليهم الأخذ بالشفعة إذا أرادوا إلحاق الحصة بالمحبس ، قال بعضهم : فعلى هذا لو أراد أجنبي أن يأخذ بالشفعة للمحبس كان له ذلك .

وحكى اللخمي ثالثاً أنه لا شفعة للمحبس وإن أراد الإلحاق واستحسنه ؛ لأن المحبس أزال الملك ، فكان كالأجنبي ، وعلى هذا فلا شفعة للمحبس عليهم من باب أولى .

واختلف في صاحب الموارث هل يأخذ الشفعة لبيت المال ؟

فقال بعضهم : له الأخذ ، ومنع ذلك ابن زرب ، ورأى الأول خطأ ، ورجح بمنعه في

«المدونة» أن يكون للمحبس عليهم الشفعة ، وليس لناظر وقف المسجد أن يأذن بالشفعة ، واعترض كلام المصنف ابن زرب بما نص عليه سحنون في المرتد [يقتل^(١)] ، وقد وجبت له شفعة إذ للسلطان أن يأخذها لبيت المال أو يترك .

وأجاب ابن رشد^(٢) في «أجوبته» بأنه إنما كان ذلك للسلطان لعموم نظره بخلاف صاحب الموارث إلا أن يجعل ذلك بيده فيكون كالسلطان .

فرع : وهل يجوز لأحد الشريكين أن يحبس حصته بغير رضا شريكه ؟

للخمي : إن كانت تحمل القسمة جاز ؛ لأنه لا ضرر على الشريك في ذلك فإن كره البقاء على الشركة قاسم ، وإن كانت لا تنقسم كان له رد الحبس للضرر الذي يدخل عليه ؛ لأنه لا يقدر على بيع جميعها ، وإذا فسد منها شيء لم يجد من يصلح معه .

وحكى ابن سهل في تحييس أحدهما نصيبه لا ينقسم قولين .

وللناظر أخذ شقص باعه لطفل آخر أو لنفسه .

عياض وغيره : الشقص بكسر الشين المعجمة : النصيب ، يعني للموصي على يتيمين إذا باع نصيب أحدهما أن يأخذ بالشفعة لتيمة الآخر (أو لنفسه) إن كان شريكاً لكن يدخل معه نظر القاضي إذا أخذه لنفسه ؛ إذ يتهم أن يبيع منفرداً كما لو يبيع نصيب يتيمه بثمن بخس ليأخذه بالشفعة ، وكذلك إذا باع نصيب نفسه وأراد أخذه لتيمة فلا بد من نظر القاضي .

وقد تقدم في غير موضع بيع عقار اليتيم فلا بد من مراعاة ذلك هنا ولا بد أيضاً أن يكون الشقص المتاع لليتيم لا يقل ثمنه إذا بيع منفرداً ما لو يبيع الجميع ، وأما لو كان - وهو الغالب - إذا بيع جميع ذلك أوجر لنصيب اليتيم فيباع الجميع .

وَيَمْلِكُ بِتَسْلِيمِ الثَّمَنِ أَوْ بِالْإِشْهَادِ أَوْ بِالْقَضَاءِ .

أي : (وَيَمْلِكُ) الشفيع بأحد ثلاثة أوجه : إما بتسليم الثمن للمشتري وإن كان لم يرضَ أو بمجرد إشهاده بالأخذ أو بالحكم له بذلك ، وهكذا في «الجواهر»^(٣) .

(١) سقط من ط .

(٢) « الفتاوى » (٣/ ١٣٢٤) .

(٣) « الجواهر » (٢/ ٨٦٥) .

قال في «البيان»^(١) : وإذا وقف الشفيع فلا يخلو من ثلاثة أوجه :

أولها : أن يقول : أخذت ، ويقول المشتري : سلمت ويؤجله الأيام في دفع الثمن ، فإن لم يأت فليس لأحدهما الرجوع ، وباع للمشتري من مال الشفيع حتى يفي .

ثانيها : أن يقول : أخذت ، وسكت المشتري ، ويؤجله في الثمن ، فلا يأتي به ، فهذا إن طلب المشتري أن يباع له في الثمن فله ذلك ، وإن أحب أخذ شقصه فله ذلك ولا خيار للشفيع على المشتري ، وهذا الوجه في «المدونة» .

وثالثها : أن يقول : إنا أخذنا أخذنا ، ولا يقول : أنا أخذت ، ويؤجله المشتري الأيام في الثمن ، فاحتلف فيه إذا لم يأت بالثمن ، فقيل : يرجع الشقص إلى المشتري إلا أن يتفقا على إمضائه للشفيع ، وقيل : إن أراد المشتري أن يلزم للشفيع الأخذ كان ذلك له وإن أراد الشفيع أن يرد الشقص لم يكن له ذلك ، وهو قول ابن القاسم في رواية يحيى ، وقول أشهب ، والأول أبين .

وتُلزِمُ إِنْ عُلِمَ الثَّمَنُ وَإِلَّا فَلَا .

(وتُلزِمُ) الشفعة الأخذ إن علم الثمن ، وهذا كقوله في «المدونة»^(٢) : فإن قال الشفيع بعد الشراء : اشهدوا أنني أخذت بشفعتي ثم رجع ، فإن علم بالثمن قبل الأخذ لزمه ، وإن لم يعلم به فله أن يرجع .

وقال أشهب : إن لم يعلم إلا بعد أخذه ، ورضي لم يجوز وفسخ ثم تكون له الشفعة بعد الفسخ .

وقال المازري : إن أخذ قبل علمه بالثمن ثم علم فقال : ظننت أقل ، فإن كان أراد أن يرد فله ذلك اتفاقاً وإن أراد أن يتمسك به فالمشهور أن له ذلك ، وقال ابن المواز : ليس له ذلك ، وأخذ اللخمي مما في «المدونة» : أنه يجوز الأخذ بالشفعة قبل معرفة الثمن ، خلاف ما قاله صاحب «النكت»^(٣) : إذا ابتاع شقصاً وعرضاً في صفقة واحدة لا يجوز أن يأخذ الشقص بالحصّة إلا بعد المعرفة بما يخصه من الثمن لثلا يكون ابتداءً شراءً بثمان مجهول وأخذ اللخمي ظاهر .

(١) «البيان والتحصيل» (٨٥/١٢) .

(٢) «المدونة» (٤٧٢/٥) .

(٣) «النكت والفروق» (٢٢٢/٢) .

وَهِيَ عَلَى أَنْصِبَائِهِمْ - وَخُرِّجَ : عَلَى عَدَدِهِمْ مِنَ الْمُعْتَقِينَ وَحِصَصُهُمْ مُتَّفَاوِتَةٌ .

كما لو كانت دار بين ثلاثة : لأحدهم : نصفها ، ولآخر : ثلثها ، ولآخر : سدسها ، وباع صاحب النصف ، وقام الشريكان بالشفعة فإنه يكون لصاحب الثلث : الثلث ولصاحب السدس : السدس وهذا هو المشهور .

وحكى ابن الجهم عن بعض [أصحاب مالك] (١) أنها على الرؤوس .

وخرجه اللخمي من القول الشاذ من مسألة العتق ، وخرجه غيره على أحد القولين في أجرة القاسم ، وقد تقدمت نظائر هذه المسألة في النفقات ، قيل : وهذا هو الظاهر ؛ لأن الشفعة معللة بأصل الملك ، إذ لو انفرد أقلهم نصيباً لكان له أخذ الجميع ، ولهذا قال اللخمي : لو كانت الشفعة في ما لا ينقسم على القول بذلك لكانت على الرؤوس ؛ لأنها هنا إنما تلحق من مضرة دعوى المشتري إلى البيع وذلك مما يستوي فيه قليل النصيب وكثيره .

خليل : وقد يقال : في التخريج نظر ؛ إذ لا شك أن العلة في الشفعة الضرر ومتى كثر النصيب كثر الضرر ، ومتى قل قل بخلاف العتق فإن من قال بالتقويم فيه على الرؤوس يعلل بأنه حق الباري تعالى ولا تفاوت فيه ، والله أعلم .

وَإِذَا اتَّحَدَتِ الصَّفَقَةُ وَأَسْقَطَ بَعْضُهُمْ أَوْ غَابَ فَلَيْسَ لَهُ إِلَّا أَخْذُ الْجَمِيعِ .

يعني : إذا انعقد البيع على صفقة واحدة في حصة واحدة من دار أو دور ، وللحصة شفعاء ، وأسقط أحدهم حقه من الشفعة أو غاب ، فليس للباقي إلا أن يأخذ الجميع أو يدع لما يدخل على المشتري بالتشقيص .

وفي «المدونة» (٢) : إذا كان للشقص شفع وغابوا إلا واحداً حاضراً فأراد أخذ الجميع ومنعه المشتري أخذ نصيب الغياب ، أو قال له المتاع : خذ الجميع ، وقال الشفيع : لا أخذ إلا حقي ، فإنما للشفيع أن يأخذ الجميع أو يترك .

وكذلك إذا قال : أنا أخذ حصتي ، فإذا قدم أصحابي ، فإن أخذوا وإلا أخذتُ الباقي ، لم يكن له ذلك إلا أن يأخذ الجميع أو يدع ، فإن سلم له فلا أخذ له مع أصحابه

(١) في ط : الأصحاب .

(٢) «تهذيب المدونة» (٣/٣٢٥) .

إن قدموا ولهم أن يأخذوا الجميع أو يدعوا فإن سلموا إلا واحدا قيل له : خذ الجميع وإلا دع ، ولو أخذ الحاضر الجميع وقدموا ؛ فلهم أن يأخذوا حصصهم منه ، وإن أخذ بعضهم وأبى البعض لم يكن لأحد أن يأخذ بقدر حصته فقط فيساوي الأخذ قبله فيما أخذ أو يدع .

وحاصله أن القول قول من ادعى إلى عدم التشقيص من المشتري أو الشفيع إلا أن يصطلحا على أمر فيجوز .

وقوله في «المدونة»^(١) : فإذا سلم فلا أخذ له مع أصحابه إن قدموا ولهم أن يأخذوا الجميع وهو المشهور .

وقال أصبغ وابن حبيب : إذا كان تسليم أحد الشفعاء للمشتري على وجه الهبة أو الصدقة عليه فليس لمن أراد الأخذ إلا بقدر سهمه وللمبتاع سهم من سلم ، وإن كان على ترك الشفعة وكراهة الأخذ فللمتمسك أخذ جميعها ، وفي «مختصر الوقار» : ليس له إن لم يجز إلا مصابته خاصة .

للخمي : وهو أقيس الأقوال ؛ لأن الفاضل عن حصته لم يكن له وإنما كان لغيره .

وجعل في «البيان»^(٢) هذا الخلاف في ما إذا قال الشفيعُ التارك للمشتري : فقد أسلمت شفعتي لك ، وأما لو أسلم أحد الشفعاء الشفعة بعد وجوبها ولم يقل لك فلا خلاف أن لمن بقي من الشفعاء أن يأخذ الجميع .

وقوله في «المدونة»^(٣) : إذا أخذ الحاضر الجميع ثم قدموا فلهم إن بلغوا معه أن يدخلوا .

قال صاحب «النكت»^(٤) : يجب على أصل ابن القاسم أن تكون عهدهم على المبتاع أو المأخوذ منه بالشفعة لا على صاحبهم ولو كان كذلك لكان يؤخذ من يديه الجميع وهم إنما يأخذون حصتهم ، وتبقى له حصته ، وليس كما قال أشهب : إنهم يجعلون عهدهم إن شاؤوا على صاحبهم الذي أخذ الجميع لغيبتهم ، وإن شاؤوا جعلوها على المبتاع .

وقال صاحب «المقدمات»^(٥) : قول أشهب تفسير لقول ابن القاسم قبل .

(١) «تهذيب المدونة» (٣/٣٢٥) .

(٢) «البيان والتحصيل» (١٢/٥٣) .

(٣) «تهذيب المدونة» (٣/٣٢٥) .

(٤) «النكت والفروق» (٢/٢٢٣) .

(٥) «المقدمات» (٣/٦٨) .

وقيل : إن قول أشهب خلاف لمذهب ابن القاسم ، وأنه لا يكتب عهده على مذهب ابن القاسم إلا على المشتري ، وليس ذلك بصحيح ، والصواب أن قول أشهب مفسر لقول ابن القاسم .

وَلَوْ تَعَدَّدَ الْبَائِعُ وَتَعَدَّدَتِ الْحِصَصُ فِي أَمَاكِنَ مُخْتَلِفَةٍ فِي صَفْقَةٍ وَاحِدَةٍ وَالشَّفِيعُ وَاحِدٌ فَكَذَلِكَ ...

يريد : والمشتري واحد كأن يكون لثلاثة شرك مع رابع هذا يشاركه في دار وهذا في بستان [وهذا في خان] (١) فباع الثلاثة أنصباهم صفقة واحدة من رجل فقام الشريك ، وأراد أن يشفع في الدار بمفردها فليس له ذلك إذا امتنع المشتري وليس له إلا أخذ الجميع أو تركه ؛ لأنه تبعض على المشتري صفقته .

وإلى هذا أشار بقوله : (فَكَذَلِكَ) وهذا مذهب ابن القاسم المعروف .

وفي «الاستذكار» (٢) عن أشهب : له أن يأخذ ممن شاء .

وَإِنْ تَعَدَّدَتْ هِيَ وَالْمُشْتَرُونَ فَلَهُ الشُّفْعَةُ مِنْ أَحَدِهِمْ ، ثُمَّ رَجَعَ ابْنُ الْقَاسِمِ .

ولو (تَعَدَّدَتْ) الحصص (والمُشْتَرُونَ) واتحدت الصفقة ولم يفارق هذا الفرع الذي قبله إلا بتعدد المشتري هنا كما لو باع الثلاثة أنصباهم من رجلين فللشفيع الأخذ بالشفعة من أحدهما ، قاله ابن القاسم (ثُمَّ رَجَعَ) عنه نظراً إلى اتّحاد الصفقة .

وبالأول قال أشهب وسحنون ، وهو اختيار التونسي واللخمي .

ابن راشد : وهو الأصح : لأن المأخوذ من يده لم تبعض عليه صفقته .

وَالشَّرِيكُ الْأَخْصُ أَوْلَى عَلَى الْمَشْهُورِ فَإِنْ أَسْقَطَ فَالْأَعْمُ كَالْجَدَّتَيْنِ وَالْأُخْتَيْنِ وَالزَّوْجَتَيْنِ ، ثُمَّ بَقِيَّةُ الْوَرِثَةِ ثُمَّ الْأَجَانِبُ ...

مثاله : إذا كانت دار بين اثنين ثم مات أحدهما وترك جدتين وأختين وزوجتين ثم باعت إحدى الجدتين ، فإن الجدة الأخرى أولى ؛ لأنها شريكة أخص لاشتراكها معها وسهمها واحد ، هذا هو المشهور ، وروي أن الجميع سواء .

(١) سقط من ط .

(٢) «الاستذكار» (٢/٢٨٣) .

ابن القصار : وهو القياس .

ابن عبد السلام : وهو ظاهر ما في «الموازية» وظاهر قول ابن دينار .

والنفس أميل إليه ؛ لأن الموجب للشفعة هو الشركة لا شركة مقيدة .

قوله : (فَإِنْ أَسْقَطَ) هو تفریع على المشهور ، أي فيكون لبقية ذوي السهام .

(ثُمَّ بَقِيَّةُ الْوَرَثَةِ) أي : العصابة إذا كان في الفريضة عصابة ، فإن أسقط العصابة فالشفعة للشركاء الأجانب ، وكذلك أيضا لو حصلت شركة بوراثة عن وراثه لكان أهل الوراثه السفلى أولى ، نص عليه في «المدونة» في ما إذا ورث ثلاثة بنين داراً ثم مات أحدهم وترك أولاداً فإنه إذا باع أحد الأولاد ، كانت إخوته أولى ثم الأعمام ثم الشركاء الأجانب .

قال في «المدونة»^(١) : ولو باع أحد الأعمام فالشفعة لأخيه ويدخل بنو الأخ لدخولهم مدخل أبيهم ، فنص على أن الأخص يدخل على الأعم وإلى هذا أشار بقوله :

وَيَدْخُلُ الْأَخْصُ عَلَى الْأَعْمِ .

تصوره ظاهر مما ذكرنا ، ونقل ابن العطار عن أصبغ أنه قال : إن باع أحد أو هذا الولد فالشفعة لإخوته وأعمامه ؛ لأنهم ليسوا أهل سهم وإنما هم عصابة ، ولا يكون أهل سهم إلا أهل الفرائض .

قال في «المدونة»^(٢) : إذا ترك أختا شقيقة وأختين لأب فأخذت الشقيقة النصف والاثنان السدس تكملة الثلثين فباعت إحدى الأختين للأب ، فالشفعة للشقيقة والتي للأب ؛ إذ هما أهل سهم وعن أشهب أن الأخت للأب أولى .

اللخمي : وهو أحسن ؛ قال فيها : وإن ترك ثلاث بنين : ابنان شقيقان وآخر لأب ، وترك داراً فباع أحد الشقيقين ، فالشفعة بين الشقيق والأخ للأب ، إذ بالبنوة ورثوا .

وَفِي دُخُولِ ذَوِي السَّهَامِ عَلَى الْعَصَبَةِ قَوْلَانِ .

هكذا وقع في بعض النسخ وعليها تكلم ابن عبد السلام فقال : يعني اختلف على قولين : هل ذوي السهام فيما بينهم وبين العصابة كالأخص مع الأعم فيدخل ذوو السهام

(١) « تهذيب المدونة » (٣/٣٢١) .

(٢) « تهذيب المدونة » (٣/٣٢١) .

على العصبه ، ولا يدخل العصبه على ذوي السهام وهو مذهب «المدونة» واختاره ابن عبد الحكم وأصبغ وقال أشهب : إن بقية العصبه أحق كأهل السهام .

ابن عبد السلام : وهو الأقرب عندي ، ولا يختلف أن العصبه لا يدخلون على ذوي السهام ؛ لأنه إذا لم يدخل ذو سهم على ذي سهم آخر فأحرى العصبه ، ووقع في بعض النسخ : وفي دخول ذوي السهام على العصبه أو العكس ، ثالثها : يدخل ذوو السهام .

وعليها تكلم ابن راشد فقال : الثالث هو المشهور ، والقول بدخول بعضهم على بعض مبني على أن نسبتهم إلى الموروث نسبة واحدة ، والقول بدخول بعضهم على بعض لأشهب وهو أقيس ، انتهى .

وعلى هذا فقول ابن عبد السلام : ولا يختلف إلى آخره ليس بظاهر ، وقد تقدم لنا قول بدخول الأعم على الأخص .

ابن المواز عن أشهب : ولو اشترى ثلاثة داراً أو ورثوها فباع أحدهم ما بقي وسلم الشريكان ثم باع أحد نفر المشتركين مصابته ، فبقية النفر أشفع من شريكي البائع ، ولو باع أحد شريكي البائع لدخل في الشفعة شريكه الذي لم يبع ، وسائر النفر الذين اشتروا الثلث الأول فيصير لهم النصف ولشريكهم الذي لم يبع النصف .

قال : وخالفهم ابن القاسم في هذا وقال : لا يكون الذين اشتروا الثلث الأول أشفع فما باع بعضهم من شركاء بايعهم بل هم كبائعهم يقومون مقامه إذا باع أحدهم فالشفعة لمن بقي منهم وسائر شركاء البائع منهم على الحصص بخلاف ورثة الوارث أو ورثة المشترين .
أصبغ : وهذا من الحق إن شاء الله ، وهو الصواب .

والموصى لهم مع الورثة كالعصبه مع ذوي السهام .

أي : فلا يدخل الموصي لهم على الورثة ، واختلف هل يدخل الورثة معهم ، فروى أشهب فيمن أوصى بثلاث حائط أو سهم فباع أحدهم حصته أن شركاءه أحق بالشفعة فيما باع من الورثة .

محمد : وقاله أشهب وابن عبد الحكم ، وقال ابن القاسم : للورثة الدخول معهم كأهل السهام مع العصبه .

وسلم ابن المواز دخول ذوي السهام على العصبه ومنع دخولهم على الموصي لهم ورأى أن الجزء الذي أوصى به الميت كالجزة الذي يجب لذوي السهام بالميراث .

فرعاً :

الأول : إذا أوصى الميت أن يباع نصيب من داره لرجل بعينه والثالث يحمله لم يكن للورثة عليه شفعة لثلا يطل ما قصده الميت من تمليك الموصى له بذلك الجزء ولو كان شريك الميت أجنبيا لوجبت له قيمة الشفعة .

الثاني : لو أوصى بثلته للمساكين فباع الوصي ثلث الوصية ، فقال سحنون : لا شفعة فيه ؛ لأن بيع الوصي كبيع الميت ، وقال غيره : الشفعة في ذلك للورثة .
للخمي : وهو القياس .

الباجي^(١) : وهو الأظهر ، وقد بلغني ذلك عن ابن المواز .

ابن الهندي : وهو الأصح لدخول الضرر على الورثة .

المأخوذُ منه : مَنْ تَجَدَّدَ مِلْكُهُ اللّازِمُ اخْتِياراً ، وَقِيلَ : بِمُعَاوَضَةٍ ، فَفِي الصَّدَقَةِ وَالْهَبَةِ لِغَيْرِ ثَوَابٍ قَوْلَانِ

احترز بقوله : (مَنْ تَجَدَّدَ مِلْكُهُ) مما إذا اشترى اثنان داراً دفعةً واحدة فلا شفعة لأحدهما على صاحبه ؛ لأن أحدهما لم يسبق ملكه ملك الآخر ولأنها لو وجبت لأحدهما لوجبت للآخر ، ولو وجبت لهما لزم ألا تجب لهما وكل ما أدى ثبوته إلى نفيه فهو منتف .

وباللازم من بيع الخيار فإنه لا شفعة فيه قبل لزومه كما سيأتي .

وبالاختيار من الميراث فإنه وإن تجدد ملك الوارث للحصة لكن لا بطريق الاختيار بل بطريق اللزوم فلا شفعة عليه ، هذا هو المشهور ، وروي عن مالك أنه يشفع على الوارث لتجدد ملكه .

وهذه الصورة صادقة على الصدقة والهبة لغير ثواب .

(وَقِيلَ : بِمُعَاوَضَةٍ) ليخرجها ، وهذا هو مذهب «المدونة» والمشهور .

ابن يونس وغيره : وهو الأصح ، والأول أيضاً لملك ، وتقديم المصنف للأول ليس كما ينبغي .

وقول المصنف : (بِمُعَاوَضَةٍ) أحسن من الشراء ؛ لأنه يدخل فيها هبة الثواب والكرء .

وقوله : (فَقِي الصَّدَقَةَ وَالْهَبَةَ لِغَيْرِ ثَوَابٍ قَوْلَانِ) هو مأخوذ مما قدمه وإنما ذكره زيادة في الإيضاح ، وعلى مذهب «المدونة» : إن أثناب الموهوب له عن هبة لغير ثواب شيئاً فلا شفعة فيها كما إذا رأى أن الهبة لصللة الرحم أو صدقة قاله في «المدونة»^(١) ؛ لأن هذا ليس بعوض حقيقة إلا أن يقوم دليل على أنهما عملاً عليه ، فلو أراد الشريك أن يحلف الموهوب له أنهما لم يسيرا بيعا لم يحلف إلا أن يكون ممن يتهم بذلك مثل أن يكون محتاجاً وهب لغني فيحلف الموهوب له ، وإن كانت على صغير حلف أبوه ، وقال عبد الملك ومطرف : يحلف مجملاً .

المتيطي : والقضاء بالأول .

وَلَا شُفْعَةَ فِي مِيرَاثٍ وَلَا فِي خِيَارٍ إِلَّا بَعْدَ إِمْضَائِهِ .

هذا هو الذي احترز عنه بالقيود أولاً ، ولو عطف بالفاء ليكون كالنتيجة عما قبله لكان أحسن .

وَلَوْ بَاعَ نِصْفَيْنِ لِأَثْنَيْنِ خِيَاراً وَبِتْلًا ثُمَّ أَمْضَى - فَقِي تَعْيِينَ الشُّفْعَةِ قَوْلَانِ ، بِنَاءً عَلَى الْبَيْعِ مِنَ الْعَقْدِ أَوْ الْإِمْضَاءِ

أشار بقوله : (مِنَ الْعَقْدِ أَوْ الْإِمْضَاءِ) إلى الخلاف المشهور هل بيع الخيار منحل أو منبرم؟

فعلى انعقاده الشفعة لمشتري الخيار ؛ لأن مشتري البتل متحدد عليه إذ الفرض أنه باع لمشتري الخيار أولاً .

ولهذا لو قال المصنف : خياراً ثم بتلاً كما قال غيره لكان أحسن ، وعلى أنه منحل فالشفعة لمشتري البتل ، والمعروف من المذهب أن بيع الخيار منحل لكن المنقول هنا عن ابن القاسم أن الشفعة لمشتري الخيار .

وَعَلَيْهِ وَعَلَى الْخِلَافِ فِي بَيْعِ حِصَّةِ الْمُسْتَشْفَعِ بِهَا إِذَا بَاعَ حِصَّتَهُ بِالْخِيَارِ ثُمَّ بَاعَ شَرِيكُهُ الْآخَرَ بِتْلًا ، ثُمَّ أَمْضَى جَاءَتْ أَرْبَعَةٌ : مَاضٍ أَوَّلًا وَيَشْفَعُ - فَالشُّفْعَةُ لِبَائِعِ الْبِتْلِ

يعني : ويتنزل على هذا الخلاف في بيع الخيار هل هو منحل أو منبرم إذا ضمنا إليه الخلاف المتقدم في بيع الحصة المستشفع بها ، هل تسقط الشفعة أم لا ؟ إذا باع شريكان

(١) «المدونة» (١٤/٤٢٧) .

حصتها لرجلين باع أحدهما حصته خياراً ثم باع الآخر حصته بتلاً ثم أمضى الخيار أربعة أقوال ، فعلى أن يبيع الخيار منعقد من يوم العقد وأن من باع الشقص لا تسقط شفيعته فالشفعة لبائع البتل على مشتري الخيار ؛ لأن بائع البتل يقول : بائع الخيار باع قبلي فقد وجبت الشفعة لي قبل بيعي حصتي وبيعي لخصتي ليس يسقط لي حقي في الشفعة .
ومقابلهُ لمُشْتَرِي البتْلِ .

أي : وإن قلنا : إن يبيع الخيار منحل وإن من باع حصته تسقط شفيعته ، فالشفعة لمشتري البتل ؛ لأن مشتري الخيار إنما انبرمَ شراؤه بعد مشتري البتل ، فكان مشتري الخيار متجدداً على مشتري البتل فكانت له الشفعة عليه ، وعزا ابن يونس هذا القول لأشهب .

ابن عبد السلام : وكلام المصنف صحيح إلا أنه زاد في الأصل الذي بنى عليه هذا القول زيادة مستغنى عنها وهي أنه فرض أن يبيع الحصة المستشفع بها لا يضر في طلب الشفعة ، وهذا لا يحتاج إليه في هذا القول الثاني وإنما يحتاج إلى كون الخيار منحللاً .

[خليل] (١) : ولعله إنما ذكر بيع الحصة المستشفع بها يسقط لإسقاط حق بائع البتل .

الثالثُ لمُشْتَرِي الخِيَارِ .

أي : أن القولَ الثالث مبني على الاحتمال الثالث ، وقد قدمنا أن المصنّف إذا ذكر قسمة رباعية أن يبدأ بإثباتين ثم بنفيين ثم بإثبات الأول ونفي الثاني ثم بالعكس فيكون الثالث أن يبيع الخيار منعقد ، وأن من باع الحصة المستشفع بها تسقط شفيعته ، فالشفعة لمشتري الخيار ؛ لأنه حصل له الملك يوم الشراء ، فمشتري البتل متجدد عليه ولا شفعة لبائع البتل لخصته وهذا القول مذهب «المدونة» ؛ لأن فيها (٢) : ومن باع شقْصاً بالخيار وله شفيع فباع الشفيع شقصه قبل تمام الخيار يبيع بتل فإن لم يبيع بالخيار فالشفعة لمبتاعه .

خليل : [وَجَرَى] (٣) ابن القاسم على خلاف قاعدته [في هذه المسألة] (٤) ؛ لأنَّ المشهور في غير مسألة أن يبيع الخيار منحللاً .

(١) سقط من ط .

(٢) « تهذيب المدونة » (٣/٣٢٢) .

(٣) في ط : وأجرى .

(٤) سقط من ط .

الرَّابِعُ لِبَائِعِ الْخِيَارِ .

أي : والقول الرابع مبني على الاحتمال الرابع : وهو [أنا نفرض] (١) أن بيع الخيار منحل ، وأن بائع الحصة المستشفع بها يشفع فالشفعة لبائع الخيار ؛ لأن مشتري البتل متجدد عليه ذلك الملك مستصحب حتى يمضي البيع فكان له الشفعة على مشتري البتل وليس يبعه شقصه مسقطا لحقه في الشفعة ، وهذا قول ابن المواز وأصبغ .

وَتَبَّتْ فِي الْمَهْرِ وَالْخُلْعِ وَالصُّلْحِ وَجَمِيعِ الْمُعَاوَضَاتِ .

يعني : أن الشفعة تثبت في كل معاوضة سواء كانت المعاوضة بمال أو غيره : كالمهر والخلع والمصالح على خراج العمد والخطأ .

قال في «المدونة» (٢) : والشفعة في هذا بقيمة الشقص .

ابن يونس : يريد ولا يجوز الاستشفاع إلا بعد المعرفة بالقيمة .

خليل : وهذا بخلاف ما أخذه اللخمي أنه يجوز الأخذ قبل معرفة الثمن وقد تقدم ذلك .

وَالْعَهْدَةُ عَلَى الْمُشْتَرِي .

يعني : وعهدة الشفيع على المشتري وهي ضمان درك الثمن في العيب والاستحقاق وكانت عليه ؛ لأنه الذي أخذ منه الثمن وأخذ الشفيع الشقص منه ، وعن سحنون أن للشفيع أن يكتب عهده على من شاء من بائع أو مبتاع .

وَفِي عَهْدَةِ شُفْعَةِ الْإِقَالَةِ قَوْلَانِ : يُخَيَّرُ ، وَعَلَى الْمُشْتَرِي .

يعني : إذا تقايل المشتري والبائع فإن ذلك لا يسقط الشفعة ، واختلف قول مالك في العهدة ، فمذهب «المدونة» أنه لا خيار للشفيع وإنما عهده على المشتري ، وبه أخذ محمد وابن حبيب ، وقال مرة : يخير فإن شاء جعله على المشتري أو البائع .

أشهب : وسواء كان المستقيل هو المشتري أو البائع .

وقال مطرف وابن الماجشون : إن رأى أن التقايل بينهما كان لقطع الشفعة ، فالإقالة

(١) في ط : أن يفرض .

(٢) «المدونة» (٤٢٨/١٤) .

باطلة وللشفيع الشفعة بعهدة الشراء ، وإن رأى على وجه الصحة والإقالة فهو بيع حادث ، وللشفيع الشفعة بأي البيعتين شاء .

واستشكل مذهب «المدونة» ؛ لأن الإقالة إما حل بيع فيلزم منه بطلان الشفعة ، وإما ابتداء بيع فيخير كما لو تعدد البيع من غير البائع ، فلا وجه للحصر في المشتري وأجيب باختيار الأول ، وإنما تثبت الشفعة وكانت العهدة على المشتري ؛ لأنهما متهمان في قطع شفعة الشفيع .

واستحسن أشهب ما في «المدونة» والقياس عنده قول مالك الآخر وهذا إذا كانت الإقالة بمثل الثمن لا زيادة ولا نقصان ، قال : ولو تقايلا بزيادة أو نقصان فله الشفعة على أيهما شاء اتفاقاً ، قاله عياض .

الباجي^(١) : الشركة والتولية كالإقالة .

وَأَمَّا لَوْ سَلَّمَ قَبْلَهَا فَعَلَى الْبَائِعِ .

يعني : أما لو سلم الشفيع الشفعة وترك أخذها قبل الإقالة ثم تقايلا فإن للشفيع أن يأخذ بعهدة الإقالة من البائع .

ابن المواز : ويصير بيعاً حادثاً .

عياض : ولا خلاف فيه ، وأما لو سلم بعدها فلا شفعة له أصلاً .

وَلَا يَضْمَنُ مَا نَقَصَ عِنْدَهُ ، وَلَهُ غَلْتُهُ وَثَمْرَةٌ وَقَدْ اسْتَعْنَتْ قَبْلَهَا .

يعني : لا يضمن المشتري ما نقص عنده سواء تغير بنقص في ذاته أو صفاته أو سوقه أو بفعل المشتري ، نص عليه مالك في «المدونة» ، ولو هدم المتاع الدار لبيئتها أو ليوسعها ونحو ذلك ، قال فيها : ويخير الشفيع فإما أخذ بجميع الثمن أو ترك .

فإن قلت : لم لا يضمن المشتري إذا هدم ؟

قيل : لأنه تصرف في ملكه ، وقيد بعض الشيوخ ما ذكره في «المدونة» في الهدم ، فقال : إنما يصح إذا لم يعلم المشتري أن معه شفيعاً ، وأما إن علم ثم هدم فحكمه حكم المتعدي والغاصب ، وقد قال ابن زرب : في من بنى في حصة لها شفيع فقام بشفيعته يأخذ قيمة بنائه منقوضاً ؛ لأنه بنى في غير ماله ، قال غيره : فهو كالمتعدي .

(١) «المتقى» (٦/٢١٤) .

قوله : (ولَهُ... إلى آخره) أي وللمشتري غلة المبيع ؛ لأن الضمان منه ، وله الثمرة التي قد استغنت قبل الشفعة ، وقد تقدم الكلام في الثمرة تباع مع النخل ، وعطف المصنف الثمرة على الغلة وإن كانت من الغلة ليرتب عليه قوله : (وَقَدْ اسْتَعْتَتْ) .

فَإِنْ هَدَمَ وَبَنَى فَلَهُ قِيَمَةُ مَا بَنَى يَوْمَ الْقِيَامِ ، وَلِلشَّفِيعِ قِيَمَةُ النَّقْضِ ، وَتَصَوُّرُهَا فِي شَفِيعِ غَائِبٍ قَاسِمِ الْقَاضِيِ أَوْ الْوَكِيلِ عَنْهُ ، أَوْ تَارِكٍ لِأَمْرٍ ثُمَّ ظَهَرَ فِيهِ كَذِبُ كَالثَّمَنِ ، أَوْ دَعْوَى صَدَقَةٍ وَشِبْهِهَا

يعني : إذا هدم المشتري المبيع وبني ثم قام الشفيع فله الأخذ بالشفعة ويغرم الشفيع للمشتري قيمة بنائه قائما يوم قيام الشفيع بالشفعة مع الثمن الأول .

فإن قلت : كيف يعطي جميع الثمن [مع قيمة النقض] (١) مع أن قيمة النقض جزء من المبيع ؟

قيل : لا يريدون بالثمن جميع الثمن كما سألنا عنه ، وإنما يريدون بالثمن ما ينوب العرصة منه بلا بناء ، فما نابها منه فهو المعبر عنه بالثمن ، وفسر أشهب ذلك ، فقال : يحسب كم قيمة العرصة بلا بناء وكم قيمة النقض مهدوما ثم يقسم الثمن على ذلك ، فإن وقع منه النقض نصفه أو ثلثه ، فهو الذي يحسب للشفيع ويحط عنه من الثمن ، ويغرم ما بقي مع قيمة البناء قائما .

ابن المواز : وهو قول مالك وأصحابه .

ابن يونس : وإنما يغرم الشفيع قيمة العمارة يوم القيام ؛ لأن المبتاع هو الذي أحدث البناء ، وهو غير متعد به ، والأخذ بالشفعة كالأشراء فعلى الشفيع قيمته يوم أخذ بشفعته ، وإنما حسب للشفيع على المبتاع قيمة النقض مهدوما يوم الشراء ؛ لأنه لم يتعد في هدمه فكأنه اشتراه مع العرصة مهدوما ثم بنى به ، وهو في ملكه وضمانه فوجب أن يأخذ العرصة بقيمتها من قيمة النقض من الثمن يوم الشراء ؛ كما لو اشتراها مع عرض .

مالك : وإن لم يفعل فلا شفعة له .

قوله : (وتصوُّرُهَا) هو جواب عن سؤال مورود هنا ، وذلك لأنه قيل لابن المواز : كيف يمكن إحداث بناء في مشاع ؟ أي أنه إن كان بحضرة الشفيع فهو مسقط للشفعة ،

وإن كان في غيبته فالباني متعد ، فلا تكون له قيمة البناء قائماً ، إلا بعد القسمة وبعد هذا لا تجب الشفعة وبالجملة فالحكم بوجود الشفعة ينافي أخذ قيمة البناء قائماً ، وأجيب بأوجه :

أولها : أن الشفيع غائب وكانت الدار للشركاء وسلم الحاضرون وطلبوا القسمة فقام القاضي عن الغائب ثم هدم المشتري في غيبة الشفيع فالباني غير متعد والشفيع باق على شفيعته وليس للقاضي أو الوكيل إسقاط شفيعته ؛ لأنه لم يوكل على ذلك .

ثانيها : أن يكون الشفيع حاضراً وترك الشفعة لأمر كما لو كذب في الثمن فيترك الشفيع الشفعة استغلاء ، وقاسم القاضي ثم ظهر خلاف ذلك .

ثالثها : أن يكون البائع والمبتاع أظهرها الصدقة أو الهبة بناءً على إحدى الروايتين بمنع الشفعة في ذلك ثم انكشف أنه بيع بعد المقاسمة والبناء لأجل هذا الخلاف أخره المصنف عما قبله .

ورابعها : أن يشتري داراً فيهدم ويبني ثم يظهر مستحق لنصفها ويريد أن يأخذ بالشفعة وهذا الجواب لمحمد .

ابن عبد السلام : وعليه يعتمد أكثر الشيوخ لما بينون عليه من كثرة الفوائد بسبب تركيب المسألة من الشفعة والاستحقاق ، والتكفل بذلك «المدونة» وشروحاتها .

خليل : وانظر لم لم يجعل المشتري - إذا كذب في الثمن أو دعوى صدقة ونحوها ثم تبين خلافها - كالمتعدي ؛ ولعله الأظهر ، فلا يكون له إلا قيمة النقض ولعل كلامهم محمول على ما إذا كان إظهار أكثر من الثمن من غير المشتري ، والله أعلم .

وَيَتْرُكُ لِلْمُشْتَرِي الشَّرِيكَ مَا يَخُصُّهُ .

كما لو كانوا ثلاثة مشتركين في دار لكل واحد منهم الثلث فباع أحدهم نصيبه للآخر فلا يأخذ الباقي من يد المشتري جميع الثلث كالأجنبي بل نصف الثلث ، ويترك له نصفه وهو الذي ينوبه ؛ لأنه يقول : لو كان المشتري أجنبياً لم يكن لك إلا نصف الثلث ، ولي النصف فأسوا أحوالي أن أكون كالأجنبي .

وإن تنازعا في سبق الملك تحالفاً وتساقطاً ومن نكل فعليه الشفعة .

أي : إذا تنازعا الشريكان في قدر الملك ، فقال كل منهم : ملكي سابق وأنت مجدد

عليّ وطلب الشفعة ؛ فلكل تحليف صاحبه ، فإن حلفا يريد أو نكلا سقطت دعواهما ، وإن حلف أحدهما ونكل الآخر فالشفعة للحالف ، أما إن أقاما بينتين فإنه يقضى بأقدمهما تاريخاً .

وَيَشْفَعُ مِنَ الْمُشْتَرِي شِرَاءً فَاسِداً بَعْدَ الْفَوْتِ لَا قَبْلَهُ بِالْقِيَمَةِ الْوَاجِبَةِ ، فَإِنْ فَاتَ بِيَعٍ صَحِيحٍ فَبِالْثَمَنِ فِيهِ

البيع الفاسد يفسخ فإذا فات ملك المشتري بالقيمة فلهذا إذا اشترى شقّصاً شراءً فاسداً فإن اطلّع على ذلك قبل الفوات فلا شفعة ويفسخ البيع ، وإن اطلّع على ذلك بعد أن فات الشقص عند المشتري بما يفوت البيع الفاسد فللشفيع أخذه بالقيمة الواجبة على المشتري ؛ لأن الشقص قد انتقل إلى ملك المشتري .

[خليل] (١) : ويأتي على قول سحنون الذي يرى أن البيع الفاسد لا ينقل الملك أصلاً ، وإنما يلزم على قوله مع الفوات ؛ لأنه كالاتهلاك تعدم الشفعة فيه .

فرع :

قال في «المدونة» (٢) : ولو علم به أي بالفساد بعد أخذ الشفيع فسخ بيع الشفعة والبيع الأول ؛ لأن الشفيع دخل مدخل المشتري .

ابن المواز : وإذا أجزنا له الأخذ بالشفعة بعد الفوت ، فلا بد من معرفة الشفيع بيع الشفعة ، والبيع الأول بالقيمة التي لزم المشتري ، فإن أوجبها على نفسه قبل معرفته فذلك باطل ، وجعل ابن يونس قوله تفسير «للمدونة» .

قوله : (فَإِنْ فَاتَ بِيَعٍ صَحِيحٍ فَبِالْثَمَنِ فِيهِ) يعني : أن ما ذكرناه من أن الشفيع يأخذ مع الفوات بالقيمة ، إنما هو فيما إذا فات بغير بيع صحيح ، وأما إن فات به فللشفيع الأخذ بذلك الثمن [الذي وقع به] (٣) لا بالقيمة إلا أن يكون المتبايعان تردها قبل أخذ الشفيع فيصير كثمن سابق على الثمن في البيع الصحيح فيأخذ الشفيع بأيهما شاء كييعتين صحيحتين .

(١) سقط من ط .

(٢) « تهذيب المدونة » (٣/٣٣٢) .

(٣) سقط من ط .

قال في «المدونة»^(١) وسواء ترداها بقيمة أو بغيرها وقد صح البيع بينهما بأخذ القيمة .
 وقوله : (بِالْبَيْعِ الصَّحِيحِ) احترز به من البيع الفاسد ، قال في «المدونة» : وإذا باعها
 المشتري شراءً فاسداً ثم باع بيعاً فاسداً رد الأول والآخر جميعاً إلا أن يفوت ، وتجب القيمة
 في ذلك فلا يرد .

وَيَنْقُضُ بِالشُّفْعَةِ وَفَقَهُ وَغَيْرِهِ .

يعني : أنه لا يبطل حق الشفيع إذا وقف المشتري الشقص أو وهبه أو تصدق به ، ولو
 نقض ذلك ولو هدم المشتري الشقص وبناء مسجداً فللشفيع هدمه .

وفي «المدونة»^(٢) : من اشترى شقصاً له شفيع غائب فقاسم الشريك ثم قدم الغائب فله
 نقض القسم وأخذه .

واستدل على ذلك بأن الشُّفْعَةَ قُصَّارَاهَا أن تكون كالبيع فكما له الأخذ بالبيع الأول
 وإبطال ما بعده من البياعات فكذلك له الأخذ بالبيع الأول وإبطال القسمة التي هي أضعف
 من البيع ، وقاله ابن القاسم وأشهب في «الموازية» إلا أن أشهب أشار إلى تردد في
 «المجموعة» ، فقال : إنه ليأخذ بالقلب أن ليس له رد القسم ؛ لأنهم قاسموا من تجوز
 قسمته ، يعني من بقية الشركاء ووكيل الغائب ، ولهذا قال سحنون : يمضي القسم وللشفيع
 أخذ ما وقع للمبتاع بالقسم بالشفعة ، وظاهره وظاهر «المدونة» سواء كان القسم بحكم أو
 بغيره ، لكن تأوله صاحب «النكت»^(٣) على ما إذا لم يكن بحكم ، قال : فلذلك قال :
 إن له نقض القسم ، قال : وأماً إذا رَفَعَ إلى الحاكم فالقسم ماض ويأخذ الشفيع ما يقع له
 به القسم .

وهذه التفرقة هكذا في مذهب أشهب ، ويمكن أن يجمع بين قوله في «المدونة» وقول
 سحنون بهذا ولا يبقى في المسألة خلاف فيحمل قوله في «المدونة» على ما إذا لم يحكم
 وقول سحنون على ما إذا كان بحكم .

(١) « تهذيب المدونة » (٣/٣٣٢) .

(٢) « تهذيب المدونة » (٣/٣٣٢) .

(٣) « النكت والفروق » (٢/٢٢٥) .

وَيَأْخُذُ بِأَيِّ الْبُيُوعِ شَاءَ فَيُنْقِضُ مَا بَعْدَهُ .

قال في «الجلاب» (١): وإذا بيع السهم الذي فيه الشفعة مراراً قبل أخذ الشفيع فله أن يأخذ بأي الصفقات شاء ، فإن أخذ بالصفقة الأخيرة ، صحت الصفقة التي قبلها ، وإن أخذ بالصفقة الأولى بطلت الصفقة التي بعدها ، اتفقت الأئمان أو اختلفت ، والاختيار إليه في العهدة والثمن وإن أخذ بالصفقة الوسطى صح ما قبلها وبطل ما بعدها .

وقيد للخمي هذا إنما إذا لم يكن حاضراً ، وأما الحاضر العالم فإنه تسقط شفيعته في البيع الأول وتثبت في البيع الثاني ، وكذلك إن كثرت البياعات إنما يكون له الأخذ بالأخير .

الْمَأْخُودُ بِهِ مِثْلُ الثَّمَنِ أَوْ قِيَمَتِهِ فِي الْمَقْوَمِ .

هذا هو الركن الرابع ؛ يعني أن الشفيع يأخذ الشَّقْصَ بمثل ما دفع فيه المشتري إن كان مثلياً أو بقيمته إن كان مقوماً وهو ظاهر ، فإن لم يجد مثل المثلي غرم قيمته ، قاله مالك في «المجموعة» فيمن اشترى بثمن فلم يجده الشفيع .

فروع : وعلى الشفيع أجره الدَّلَالُ وإن كانت من عقدِ الشراء [وأجرة كاتب عقد الشراء إن كانت من عند المشتري] (٢) وثمن ما كتب فيه ؛ لأنَّ بذلك وصل المتاع إلى البيع ، وإن كان المتاع دفع أكثر من المعتاد ، لم يكن على الشفيع إلا دفع المعتاد ، بذلك أفتى ابن عتاب وابن مالك وابن القطان .

المتيطي : ولا أعلم لهم مخالفاً .

ابن يونس : قال بعض الفقهاء : وانظر لو غرم على الشَّقْصِ غرمًا هل يأخذه الشفيع بالثمن أو بما غرم عليه ؛ وقد اختلف في من اشترى من أيدي اللصوص هل يأخذه ربه بغرم أو بغيره .

فَإِنْ لَمْ يَتَّقَوْمَ كَالْمَهْرِ وَالْخُلْعِ ، وَصَلَحَ الْعَمْدُ ، وَدَرَاهِمَ جُزْأَفًا فِقِيْمَةُ الشَّقْصِ يَوْمَ الْعَقْدِ ، وَقِيلَ : فِي الْمَهْرِ صَدَاقُ الْمِثْلِ ، وَقِيلَ : تَبْطُلُ فِي الدَّرَاهِمِ

أي : فإن لم يتقوم كالمهر والخلع ، وصلح العمد ، ودراهم جزأفًا فقيمة الشَّقْصِ يومَ العقد ، وقيل : في المهر صدق المثل ، وقيل : تبطل في الدراهم

أي : فإن لم يتقوم عوض الشَّقْصِ غالباً كالمهر والخلع وصلح العمد ، فإنه يرجع إلى

(١) «التفريع» (٢/٣٠٣) .

(٢) سقط من ط .

قيمة الشقص ، وقلنا : غالباً ؛ لأنَّ المهر يتقوم بمهرِ المثْلِ ، وكذلك الخلع ، واحترز بصلح العمد من الصلح من الخطأ ففيه الشفعة بالدية .

فإن كانت العاقلة أهل إبل ، أخذه بقيمة الإبل وإن كانت ذهب أو ورق أخذه بذهب أو ورق يُنجم ذلك على الشفع كالتنجيم على العاقلة ، قاله في «المدونة»^(١) .

وقال سحنون في المصالح عن جميع الدية على شقص : إن كان إعطاء ذلك والعاقلة أهل ذهب أو ورق فالصلح جائز ويرجعه ابن القاسم بالأقل من القيمة أو الدية ، أو كان صلحه عليهم وإن كانوا أهل إبل ، فإن كان القاتل يعطي الشقص ولا يرجع بذلك على العاقلة فهو جائز ، وإن كان إنما صلح عنهم ليرجع عليهم لم يجز الصلح ؛ لأنهم مخيرون .

ابن عبدوس : وكان سحنون يقول في هذا الأمر بقول عبد الملك أن الدين له حكم العروض ، فإذا اشترى الشقص بالدية وهي دنيئة فإن كانت دنائير ودراهم قومت بالعرض على أن تؤخذ في ثلاث سنين ثم يقوم العرض ، وقال عبد الملك : يؤخذ ذلك بالعرض الذي قوم به الدين .

سحنون : وإن كانت الدية قومت بالنقد على أن تؤخذ في ثلاث سنين ثم يأخذ الشفع بذلك أو يدع .

قوله : (أَوْ دَرَاهِمَ جُزْأَفًا) نحوه في «الجواهر»^(٢) .

وقال ابن عبد السلام : في صحة فرضها نظر في المذهب ؛ لأن الدنانير والدراهم لا يجوز بيعها جزافاً ، فإن قيل : يحمل كلامه على ما إذا كان التعامل بالوزن ، فإنه يجوز حينئذ التعامل بها جزافاً ، قيل : لا يصح ؛ لأنه لو كان كذلك لكان الحكم إذن هو قيمة الجزاف كما لو وقع بصيرة طعام .

خليل : ويمكن أن يقال : لا يلزم ما ذكره ؛ لأنَّ الطعام إذا قوم بالعين يقوم بما هو الأصل في التقويم بخلاف الدراهم ؛ لأنك إما أن تقومها بعرض أو بعين موافق أو مخالف ، ففي العرض يلزم منه [مخالفة الأصل ، إذ الأصل عدم تقويم العين بالعرض ،

(١) «المدونة» (٤٢٩/١٤) .

(٢) «الجواهر» (٧٦٩/٢) .

وفي العين الموافق أو المخالف يلزم^(١) البذل والصرف المستأخر ، ولهذا قيل في العين : إن الشفعة تبطل ، وهذا وإن كان ممكناً من جهة القيمة ، إلا أن اللخمي نقل خلافه فقال : وإن كان [الثلث جزافاً] فقال محمد : إن اشترى بحلى جزافاً ، فإن الشفيع يشفع بقيمته ، فإن كان^(٢) ذهباً قوم بالفضة ، أو فضة قوم بالذهب ، يريد والقيمة في ذلك يوم الشراء لا يوم الأخذ بالشفعة ، وكذلك كل ما اشترى به جزافاً فالقيمة يوم الشراء .

قوله : (وَقِيلَ : فِي الْمَهْرِ صَدَاقُ الْمِثْلِ) أي : يشفع بصداق المثل ، وهذا القول نقله اللخمي .

ابن عبد السلام : وهو الأقرب .

ابن راشد : ولم أر القول بالبطلان في الدراهم .

فَإِنْ اشْتَرِيَ مَعَ غَيْرِهِ فِيمَا يَخْصُهُ ، وَيَلْزَمُ الْمُشْتَرِيَ بَاقِيَ الصَّفَقَةِ .

يعني (فَإِنْ اشْتَرِيَ) الشقص الذي فيه الشفعة (مع) ما لا شفعة فيه فللشفيع أخذ الشقص بما يخصه من الثمن ، ويلزم المشتري باقي الصفقة هكذا في «المدونة»^(٣) وإنما لم يكن للمشتري مقال بسبب تبعض صفقة ؛ لأنه دخل على ذلك وأشار ابن يونس إلى أن هذا جار على القول بأن الشفعة ابتداءً ببيع ، وأما على القول بأنها كالاستحقاق ، فإنه ينظر فإن كانت قيمة الشقص النصف فأقل فكذلك ، وإن كان جل الصفقة فيكون له رد الباقي .

خليل : وإنما ينبغي أن يقال : على هذا يلزمه رد الباقي كما تقرّر في علمه .

وَإِلَى الْأَجْلِ إِنْ كَانَ مَلِيئاً أَوْ بِضَامِنٍ مَلِيءٍ ، وَإِلَّا عَجَلَهُ .

هكذا في «المدونة»^(٤) وزاد فيها كون الضامن ثقة ، ومعناه أنه إذا اشترى شقصاً إلى أجل أخذه الشفيع إلى مثل الأجل بمثل الثمن بشرط أن يكون الشفيع مليئاً أو يأتي بضمان ثقة ، فإن أراد الشفيع تعجيل الثمن للمبتاع فذلك له ، وليس له تعجيله للبائع ، وإن رضي المبتاع .

(١) سقط من ط .

(٢) سقط من ط .

(٣) «المدونة» (٤٣٠/١٤) .

(٤) «المدونة» (٤٣٥/١٤) .

قال المتيطي : وإن لم يوجد أحدهما فلا يأخذ الشفيح الشفعة حتى يعجل الثمن .
 وظاهر «المدونة» وهو ظاهر كلام المصنف أنه لا فرق في ذلك بين أن يكون ملاء الشفيح
 كالمشتري أو أقل ، وهو قول محمد وابن الماجشون ، والمتيطي ، وهو المشهور .
 وقال أشهب : إن لم يكن الشفيح كالمشتري في الملاء أتى بحميل مثل ثقة المشتري
 وملائته وإلا فلا : وظاهر قوله أيضاً هو ظاهر «المدونة» .
 (وإلا عَجَلَهُ) أي إذا لم يجد أحدهما يلزمه التعجيل ، وإن كان عدم الشفيح مساويا
 لعدم المشتري وهو قول محمد .

وفي اللخمي : إن استوى الشفيح والمشتري في الثقة والملاء لم يلزم الشفيح إعطاء
 حميل ، وإن استويا في العدم فقولان بناء على مراعاة التساوي أو أن البائع قد يثق بالمبتاع ،
 والمبتاع قد لا يثق بالشفيح ، وصبوب اللخمي الأول ؛ لأن الشفيح موسر بالحصة .
 وكذلك حكى صاحب «البيان»^(١) قولين إذا استويا في العدم ، قال : وإن استويا في
 الملاء لم يلزم حميل باتفاق ، وإن كان الشفيح أقل ملاءً لزمه حميل باختلاف ، وإن كان
 أشد عدماً لزمه باتفاق .

فروع :

الأول : قال أشهب : إذا اشتراه بحميل أو رهن فليس للشفيح ، وإن كان أملاً منه أخذه
 بحميل أو رهن ومثله ، وقال أشهب أيضاً : إذا كان أملاً من الحميل ومن المشتري أخذه
 بلا رهن وبلا حميل ، واختار محمد الأول .

الثاني : إذا تراخى قيام الشفيح حتى حلَّ الأجل ففي تأخير الشفيح إلى مثل ذلك الأجل
 قولان : قال مالك ومطرف وابن الماجشون وابن حبيب : يؤخر ، وقال أصبغ : لا يؤخر ؛
 لأن الأجل الأول مضروب لهما معاً .

ابن يونس وصاحب «البيان»^(٢) وغيرهما : والأول أصوب ؛ لأن الشفيح يجب أن ينتفع
 بتأخير الثمن كما انتفع به المشتري .

الثالث : إن أخذه عن دين في الذمة ففي المذهب ثلاثة أقوال :

(١) «البيان والتحصيل» (٧٦/١٢) .

(٢) «البيان والتحصيل» (٧٧/١٢) .

الأول : وهو مذهب «المدونة» أنه يأخذه بمثل الدين .

الثاني : يأخذه بقيمته ، قاله ابن الماجشون وسحنون ، ورأيا أن ما في «المدونة» من الدراهم كالعروض .

الثالث : الفرق فإن كان كالصداق إن كان عينا أخذه بمثله ، وإن كان عرضاً أخذه بقيمته ، قاله أشهب ومحمد ، وهو غلط .

وعلى مذهب «المدونة» فقال مالك في «الواضحة» : إن كان الدين يوم قيام الشفيع حالاً أخذ به حالاً ، وإن كان بقي من الأجل شيء قال : مثل ما بقي هكذا نقل الباجي (١) .
ابن زرقون : وهو غلط وإنما ينظر إلى ذلك يوم الشراء وكذلك هو في «الموازية» لا يوم قيام الشفيع .

ابن عبد السلام : وانظر لو كان الدين عرضاً وأراد الشفيع تعجيله للمشتري ، وأبى المشتري وطلب التأخير إلى الأجل وأخذ الحميل ولم يجد الشفيع حميلاً كيف الحكم ؟

فَلَوْ أَحَالَ الْبَائِعُ بِهِ لَمْ يَجْزُ .

أي (فَلَوْ أَحَالَ) المشتري (الْبَائِعُ بِهِ) أي : بالثمن من المؤجل على الشفيع (لَمْ يَجْزُ) لأن الإحالة إنما تكون بما حل ولأن البائع قد ترتب له في ذمة المشتري دين فباعه بدين له على الشفيع فيلزمه منه بيع الدين بالدين .

وَتَوَابُ الْهِبَةِ كَالثَّمَنِ فَلَا يَأْخُذُهُ إِلَّا بَعْدَهُ ، وَقَالَ أَشْهَبُ : إِنْ فَاتَ قَبْلَهُ أَخَذَهُ بِالْأَقَلِّ .

هبة الثواب بيع فلذلك يأخذ الشفيع الموهوب بما وقع به الثواب من مثلي أو مقوم وهذا معنى قوله : (كالثمن) لكنه لا يأخذه حتى يدفع الثواب ؛ لأن الموهوب له مخير في الرد وفي الثواب هذا هو المشهور ، وهو مذهب «المدونة» .

وقال أشهب [وابن عبد الحكم : إذا فات الشقص وجبت فيه الشفعة بالقيمة ، وعلى المشهور فالشفعة إنما تكون بمثل الثواب أو قيمته ، سواء فات الشقص الموهوب قبل الثواب أو بعده وقال أشهب] (٢) : كذلك إن [أثابه] (٣) قبل فوات الموهوب ، وإن [أثابه] (٤) بعده

(١) «المنتقى» (٢٠٨/٦) .

(٢) سقط من ط .

(٣) في ط : أتى به .

(٤) في ط : أتى به .

فللشفيع أن يأخذه بالأقل من الثواب والقيمة ؛ لأن الثواب إن كان أقل فهو الذي دفع وإن كانت القيمة أقل فهو متبرع بالزائد عليها ؛ لأنه لم يكن يلزمه غيرها .

وفيه نظر ؛ لأن أشهب وافق على أنه لو أتى به أكثر من القيمة قبل الفوات فإنه لا يأخذه إلا بذلك ، فكذلك إذا عوضه بعده ؛ لأن للموهوب تعويض القيمة فيها .

وقال اللخمي : القياس أن لا يستشفع إلا بالأكثر من الثمن والقيمة سواء فات الموهوب أو لا ؛ لأن قيمة الشقص إن كانت أكثر من الثواب فللموهوب أن يقول : إنما قبل مني هذا للصدقة بيني وبينه ونحو ذلك ، وإن كان الثواب أكثر فإن ذلك العوض غالباً في هذا النوع .

تنبيه :

ما ذكرناه أنه لا شفعة إلا بعد دفع الثواب وهو نصُّ «المدونة»^(١) في باب الهبات : فقال : إن وهب لرجل شِقْصاً من دارٍ على عوض سميّاه أو لم يسميَّاه ، أنه لا يأخذه بالشفعة حتى يثاب ، وفي كتاب الشفعة : إن سميَّ العوض ففيه الشفعة بقيمة العوض ، فحمله سحنون على الخلاف ، فمرة جعل ذلك كالبيع يلزمه بالتسمية ومرة نفى ذلك ، وقيل : ليس بخلاف واستظهر ، ويتأول قوله في الشفعة سماه على معنى عينه ، وفي الهبة على أنه شرط الثواب [لا أنه عين]^(٢) ، وإليه ذهب أبو عمران وغيره .

وَمَا حُطَّ مِنَ الثَّمَنِ بَعِيْبٍ فَيُحِطُّ اتَّفَاقاً ، وَإِلِبْرَاءٍ قَالَ أَشْهَبُ : يُحِطُّ ، وَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ :
إِنْ كَانَ مِثْلَهُ يُحِطُّ عَادَةً

يعني : أن ما حط من الثمن بعد تقريره على المشتري لعيب فيحط اتفاقاً عن الشفيع ، وإن حط لا لموجب بل لإرادة إصلاح البيع أو التبرع على المشتري ، (فَقَالَ أَشْهَبُ : يُحِطُّ) .

وقال ابن القاسم : إنما يحط إذا كان مثله يحطُّ عادة ، وهكذا في «المدونة»^(٣) ففيها : ومن اشترى شِقْصاً بِالْفِ ثَمَّ وَضَعَهُ عَنْهُ الْبَائِعُ تِسْعَمِائَةَ دَرَاهِمٍ بَعْدَ أَخْذِ الشَّفِيعِ أَوْ قَبْلَهُ نَظَرُ ،

(١) «المدونة» (١٥/٨٥) .

(٢) في ط : لا غير .

(٣) «تهذيب المدونة» (٣/٣٢٦) .

فإن أشبه أن يكون ثمن الشقص عند النَّاسِ مائة درهم إذا تَبَّاعوا بينهم واشتروا بغير تغابن وضع ذلك عن الشفيع ؛ لأن ما أظهر له من الثمن الأول إنما كان سبباً لقطع الشفعة وإن لم يشبه ثمنه أن يكون مائة لم يحط عن الشفيع ، وإن كان لا يحط مثله عن الشفيع شيئاً وكانت الوضعية هبة للمبتاع .

وقال في موضع آخر منها : إن يحط عن المبتاع ما يشبه أن يحط في البيوع ، وضع ذلك عن الشفيع ، وإنما لا يحط مثله ، فهي هبة ولا يحط عن الشفيع شيئاً ، وهذا الأخير هو الذي نقله المصنف على أن صاحب «النكت» وابن يونس قالوا : إن القولين ليسا بخلاف ، وإنما هما راجعان إلى شيء واحد ؛ لأن معنى قوله : وإن حط ما لا يحط في البيوع لا يوضع عنه شيء ، يريد : وثمن الشقص أكثر من الباقي بعد الحطيطة ، وأما إن كان ثمن الشقص مثل الباقي بعد الحطيطة فأقل فالأمر ما ذكر أولاً .

عبد الحق^(١) : والحطيطة ثلاثة أقسام : منها ما يكون هبة للمبتاع لا يحط الشفيع ، ومنها ما يشبه حطيطة البيع فيحط للشفيع ، ومنها ما يظهرانه لقطع الشفعة ثم يسقطانه ويكون الباقي مثل قيمة الشقص فهذا يحط للشفيع .

ولا تنقُضُ الشُّفْعَةُ بَرْدَ الثَّمَنِ الْمُقَوِّمِ بَعِيْبٍ أَوْ بِاسْتِحْقَاقِهِ ، وَعَلَى الشَّفِيعِ قِيَمَتُهُ عِنْدَ ابْنِ الْقَاسِمِ ، وَقِيَمَةُ الشَّقْصِ عِنْدَ سَحْنُونٍ ، فَيُخَيَّرُ الشَّفِيعُ وَعَلَى الْمُشْتَرِي قِيَمَةُ الشَّقْصِ وَلَوْ وَقَعَ قَبْلَهَا امْتَنَعَتْ

يعني : إذا وقع البيع يقوم كعبد أو دار ثم استحق أو رد بعيب ، فإن كان ذلك قبل أخذ الشفيع بطلت الشفعة لانتقاض البيع قبلها إلا أن البائع يسترد البيع .

ابن عبد السلام : ولا أعلم في ذلك خلافاً ، وإلى هذا أشار بقوله أخرى : ولو وقع قبلها امتنعت : أي وقع بأحدهما إما بالاستحقاق أو بالرد بالعيب ، وإن كان بعد الأخذ بالشفعة انتقض ما بين البائع والمشتري ورجع البائع على المشتري بقيمة الشقص .

ابن القاسم : ولا ينتقض ما بين الشفيع والمشتري فلا يكون للشفيع على المشتري إلا قيمة المقوم المستحق أو المردود بعيب ، وبه قال أشهب وأصعب .

محمد : وهو أحب إليّ ، وهذا معنى قوله : (وعلى الشفيع قيمته عند ابن القاسم) أي

(١) « النكت والفروق » (٢/٢٢٨) .

قيمة المقوم ، وقال عبد الملك وسحنون : ينتقض ما بين الشفيح والمشتري أيضاً ويكون على الشفيح قيمة الشَّقْصِ كما كانت على المشتري ، وهو معنى قوله : (وَقِيْمَةُ الشَّقْصِ عِنْدَ سَحْنُونٍ ، فَيُخَيَّرُ الشَّفِيْعُ) ، فإن شاء أخذ قيمة الشَّقْصِ ، وإن شاء ترك ، فإن كانت قيمة الشَّقْصِ أكثر أخذها إن شاء ، وإن كانت أقل رجع على المشتري بما بقي عنده ، والأول أصح ؛ لأن الشفعة بيعٌ حادث فلا يلزم من انتقاضه بين البائع والمشتري انتقاضه بين الشفيح والمشتري ، فلو كانت قيمة العبد خمسين وقيمة الشَّقْصِ خمسين فلا إشكال ، وإن كانت قيمة العبد خمسين وقيمة الشَّقْصِ ستين فلا رجوع للمشتري على الشفيح بالعشرة الزائدة عند ابن القاسم ويرجع بها عند سحنون وعبد الملك إن اختار الأخذ بالشفعة ، وإن كانت قيمة الشَّقْصِ أربعين فلا رجوع للشفيح عند ابن القاسم ويرجع عند سحنون وعبد الملك ويأخذ العشرة الزائدة .

وَأَمَّا النُّقُودُ فَبَدَلُهَا .

يعني : ولو كان ثمن الشَّقْصِ نقداً دراهم أو دنانير فاستحق أو اطَّلَع على عيب بذلك الثمن ، فلا أثر لذلك في إسقاط الشفعة سواء كان ذلك قبل الأخذ بالشفعة أو بعدها لوجوب القضاء بمثل ذلك العيب فإنها لا تتعين .

وَفِي غَيْرِهَا قَوْلَانِ : بَدَلُهَا وَقِيْمَةُ الشَّقْصِ ، فَيَجِيءُ فِي الشَّفِيْحِ الْقَوْلَانِ .

أي : في غير الثمن المقوم والنقود ، وهو العَرْضُ المثلي ، يعني وإن كان الثمن عرضاً مثلياً فاستحق أو رد بعيب فاختلف هل يرجع إلى بدل تلك العروض المثلية كالنقد أو إلى قيمة الشَّقْصِ كما لو كان العرض مقوماً على قولين : والأول : في «الموازية» ، والثاني : لسحنون ومحمد وغيرهما .

وهو الصواب عند جماعة من الشيوخ ؛ لأن القاعدة أن من باع عرضاً بعرض ثم استحق ما بيده يرجع بقيمة ما خرج من يده أولاً ، لا بما استحق منها إلا في بعض مسائل شذت في المذهب ، وإن رويت على القولين فقط غلط سحنون وغيره في روايتها على معنى الأول .

وهذا الخلاف إنما هو إذا كان الاطلاع على العيب بعد أخذ الشفيح وأما إن كان قبله فيبطل البيع بالاتفاق ، فتبطل الشفعة .

وعلى القول بأن على المشتري قيمة الشُّقْص ، يختلف هل يتقضى ما بين الشفيع والمشتري أو لا على القولين السابقين ، أي قول ابن القاسم وسحنون ولا روايتهما .

قال المصنف : (القولان) فأتى بأل الدالة على العهد .

وَلَوْ تَنَازَعَا فِي قَدْرِ الثَّمَنِ فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُشْتَرِي فِيمَا يُشْبَهُ بِيَمِينٍ ، وَإِلَّا فَالْقَوْلُ الشَّفِيعِ ، وَقَالَ أَشْهَبُ : الْقَوْلُ قَوْلُ الْمُشْتَرِي فِيمَا يُشْبَهُ بِغَيْرِ يَمِينٍ ، وَفِي غَيْرِهِ بِيَمِينٍ

أي : إذا تنازع الشفيع والمشتري في قدر الثمن (فالقَوْلُ قَوْلُ الْمُشْتَرِي فِيمَا يُشْبَهُ بِيَمِينٍ) إن ادعى عليه الشفيع المعرفة .

صاحب «البيان»^(١): ولا خلاف في هذا ، واختلف إذا لم يدع الشفيع المعرفة واتهم المشتري أن يكون اشتراه بأقل هل له تحليف المشتري أم لا على الخلاف في توجيه يمين التهمة ؟

وظاهر «المدونة» في توجه هذه المسألة سقوطها ، ونص المتيطي على أن الأشهر في المذهب سقوط اليمين ، قال : وهو دليل «المدونة» .

وقال أصبغ : يحلف المبتاع فيما لا يشبه ويصدق فيما يشبه ، واختار اللخمي توجيهها قال : لأنه قد كثرت الحيل من الناس على إسقاط الشفعة إلا أن يكون المشتري من أهل الدين والأمانة . ، وظاهر قول المصنف أن القول قول المشتري إذا أتى بما يشبه سواء أتى الشفيع بما يشبه أم لا .

قوله : (وإلا) أي : وإن لم يأت المشتري بما يشبه فقول الشفيع ، يريد إذا أتى بما يشبه أما إن أتى بما لا يشبه ، فقال اللخمي وصاحب «البيان»^(٢) : حلفا جميعاً ورد إلى الوسط بما يشبه فيأخذه به أو يدع ، وإن حلف أحدهما ونكل الآخر فالشفعة بما حلف عليه الحالف منهما ، وحكى في «البيان» قولاً آخر أن القول قول المشتري مع يمينه ، وهذا هو قول أشهب الذي حكاه المصنف بقوله : (وقال أشهبُ : الْقَوْلُ قَوْلُ الْمُشْتَرِي) أي : مطلقاً أتى بما يشبه أم لا ، غير أنه إن أتى بما لا يشبه حلف على ذلك ، وإن أتى بما يشبه لم يكن

(١) «البيان والتحصيل» (١٢/٦٣) .

(٢) «البيان والتحصيل» (١٢/٦٣-٦٤) .

عليه يمين .

تنبيه :

ومن دعوى المشتري أن لا شبه أن يكون هذا المشتري من الملوك وشبههم الذين يرغبون في الدار الملاصقة لهم ، ويزيدون في ثمنها ، فكيف بما لهم فيه شركة ، قاله مالك في «المدونة»^(١) و«العتبية» وغيرهما ، قال في «العتبية»^(٢) : وإذا كان من هؤلاء الملوك ، فلا يمين عليه إلا أن يأتي بما لا يشبه .

قال في «البيان»^(٣) : والشيخ يحملون ما في «المدونة» على الخلاف «للمدونة» ؛ لأنه قال في «المدونة»^(٤) : القول قول المشتري ، فقال الشيخ : يعني مع يمينه ، قال : وليس ذلك عندي صحيح ؛ لأن رواية أشهب محمولة على ما إذا لم يتحقق الدعوى على المشتري وإنما اتهمه فلم يوجبها عليه إلا في الموضع الذي تظهر تهمته وهو إذا أتى بما لا يشبه ، ومعنى «المدونة» محمول على ما إذا تحقق كل واحد منهما الدعوى على صاحبه .

قال في «المدونة»^(٥) : أقاما بينة وتكافأت في العدالة ؛ كمن لا بينة له ويصدق المبتاع ؛ لأن الدار في يده ، قال سحنون : لا بطلان في التكافي والبينة بينة المبتاع ومثله لأشهب .

ابن يونس : وهذا إذا كانت الشهاداتان بمجلس واحد ، وفي «الموازية» : إن كانت الشهاداتتان عن مجلسين فالقول للشفيع وإن كانوا عدولاً وإن كانت بينة الآخرون أعدل ؛ لأنه إن كانت بينة الشفيع قبل فقد زاده في الثمن ، وإن كانت بعد فقد أسقط عنه من الثمن واختلف عند عدم البينة هل تقبل شهادة البائع ، فقال ابن المواز : لا يقبل قوله وإن كان عدلاً ، ويقرب منه في «كتاب ابن مزين» .

وقال صاحب «البيان»^(٦) : لا يمتنع عندي أن يكون شاهداً يحلف معه إذا كان لا يتهم

(١) «المدونة» (٣٩٥/١١) .

(٢) «البيان والتحصيل» (٦٢/١٢) .

(٣) «البيان والتحصيل» (٦٣/١٢) .

(٤) «المدونة» (٣٩٥/١١) .

(٥) «المدونة» (٤٨٤/١١) .

(٦) «البيان والتحصيل» (٦٤/١٢) .

في شهادته ، وأما إن طال الزمان حتى نسي الثمن ، وقال المشتري : لا أعلمه من طول الزمان في غيبة السفر ؛ سقطت الشفعة .

وفي «الموازية» و «المجموعة» : إذا أتى المشتري بما لا يشبه وجهل الثمن أخذه الشفيع بقيمته يوم البيع ؛ ونحوه لأصبع .

فلو أنكَّرَ الْمُشْتَرِي الشَّرَاءَ - وَالْبَائِعُ مُقَرَّرٌ - حَلَفَ وَسَقَطَتِ الْعَهْدَةُ ، وَقِيلَ : يَأْخُذُهُ لِأَنَّ الْبَائِعَ مُقَرَّرٌ أَنَّ الشَّفِيعَ أَحَقُّ ، وَاخْتَارَهُ اللَّخْمِيُّ

تجاوز في إطلاق لفظتي البائع والمشتري مع أن البيع لم يثبت وهو نظير قوله تعالى : ﴿ذُقْ إِنَّكَ أَنْتَ الْعَزِيزُ الْكَرِيمُ﴾ [الدخان: ٤٩] ، فإذا أنكر المشتري شراء الشقص الذي فيه الشفعة وادعاه البائع ، ففي «المدونة»^(١) : يتحالفان ويتفاسخان ، وليس للشفيع أن يأخذ بالشفعة بإقرار البائع ؛ لأن عهده على المشتري .

أبو محمد : قوله : [يتحالفان]^(٢) إنما يعني أن المتباع وحده يحلف فإذا حلف برئ .

وعلى هذا فصواب قوله : [يتحالفان]^(٣) أن يقول : حلف المشتري .

وقال عياض : يصح في هذا اللفظ التحالف ، وعلى كل واحد منهما يمين في خاصته في وجه ما ، ولكل واحد منهما تحليف صاحبه ، أما المشتري فلجحد ، وأما البائع فإذا نكل المشتري .

وقوله : (وقيل : يأخذه لأنَّ البائعَ مُقَرَّرٌ أَنَّهُ أَحَقُّ) أي أن الشفيع أحق بالشفقة منه ، وكلامه يوهم أن القول الثاني عام في الحاضر والغائب ، وإنما في «الموازية» في من قال : إنَّه باع من فلان وفلان منكر أو غائب أنه لا شفعة له إن أنكر ، وإن كان غائبا ؛ فإن كان بعيد الغيبة فالشفقة للشفيع ؛ لأن البائع مقر أنه أولى منه ، فإن قدم الغائب فأقر كانت العهدة عليه ، وإن أنكر رجع الشقص إلى البائع .

محمد : وأحبُّ إليَّ أن لا يرجع الشقص إلى البائع ، وإن أنكر الغائب ؛ لأن البائع مقرُّ أنَّ الشفيعَ أَحَقُّ بِهِ بِذَلِكَ الثَّمَنِ ، وَتَكْتَبُ عَهْدَةَ الثَّمَنِ عَلَى الْبَائِعِ .

(١) «المدونة» (١٤/٤٤٤) .

(٢) في ط : تحالفا .

(٣) في ط : تحالفا .

كتاب القسمة

القسمة: القسمة ثلاثة: قسمة مهياة، و قسمة بيع، و قسمة قيمة، فالأولى: إجارة لازمة، كدار أو دارين يأخذها كل واحد أو إحداهما مدة معينة، وغير لازمة كدارين يأخذ كل واحد سكنى دار...

لا شك في مشروعيتها لقوله تعالى: ﴿وَإِذَا حَضَرَ الْقِسْمَةَ أُولُو الْقُرْبَىٰ﴾ الآية [النساء: ٨]. هي ثلاثة أقسام: الأولى قسمة مهياة.

عياض: وهي قسمة المنافع بالمرضاة لا بإجبار، ويقال: مهانة بالنون؛ لأن كل واحد هنا صاحبه ما أراد، ومهياة بالياء باثنين تحتها؛ لأن كل واحد هيا للآخر ما طلب منه.

وهذا القسم على قسمين: مقاسمة زمان ومقاسمة أعيان، أشار المصنف إليهما بقوله: (فالأولى: إجارة لازمة) يأخذها كل واحد أو إحداهما أو هما معاً مدة معينة. فقوله: (أو إحداهما) راجع إلى الدارين.

وقوله: (مدة معينة) يعم صورتين ويحتمل عوده إلى الثانية ويضم الأولى مثله، والدار الواحدة إنما يتصور فيها مقاسمة زمان بخلاف الدارين فإنهما مقاسمة أعيان.

وقوله: (وغير لازمة كدارين يأخذ كل واحد سكنى دار) من غير تعيين مدة.

وفي «المقدمات»^(١): التهاؤ يكون بالأزمان ويكون بالأعيان، والتهاؤ بالأزمان يفترق الحال فيه بين الاستغلال والاستخدام في العبد والركوب في الدابة، والازدراع في الأرض والسكنى في الدار. وأما التهاؤ في الاستغلال فلا يجوز في المدة الكثيرة بالاتفاق، واختلف في اليسيرة كاليوم ونحوه، ففي «الموازية»: لا يجوز ذلك في الدابة والعبد ولو في اليوم. محمد: ولو سهل ذلك في اليوم.

وأما التهاؤ في الاستخدام فاتفقوا على عدم جوازه في المدة الكثيرة واتفقوا على جوازه في الأيام اليسيرة، واختلفوا في حدها، فأجازه ابن المواز في خمسة أيام فأقل لا أكثر، وأجازه مالك في «المجموعة» من رواية ابن القاسم في الشهر.

ابن القاسم: وأكثر من الشهر قليلاً.

وأما التهايو في الدور والأرضين فيجوز فيها السنين المعلومة والأجل البعيد ككراثها، كقول ابن القاسم في «المجموعة»: ووجه ذلك أنها مأمونة.

وأما التهايو في الأعيان بأن يستخدم هذا عبداً وهذا عبداً، أو يسكن هذا داراً وهذا داراً أو يزرع هذا أرضاً وهذا أرضاً، ففي «المجموعة» جوازه في سكنى الدار وزراعة الأرض، ولا يجوز في الغلة والكرء، وذلك على قياس التهايو في الأزمان، فيسهل في اليوم الواحد على أحد قولي مالك فيه، ولا يجوز أكثر من ذلك باتفاق، لأنه غرر وتفاضل، وكذلك استخدام العبد والدواب ليجري على الخلاف المتقدم في التهايو في الأزمان.

الثانية: بيع كدارين أو حصتين، أو علو وسفل، أو غير ذلك يأخذ كل واحد إحداهما بالأخرى ملكاً...

أي: قسمة المراضاة، وكانت بيعاً، لأن كل واحد باع نصيبه في هذا بنصيب صاحبه في الآخر.

ابن عبد السلام: وهي بيع لا شك فيها إن كانت بغير تعديل ولا تقويم واختلف فيها إن كانت بتعديل وتقويم هل حكمها حكم البيع أم لا؟ وإن كان بعضهم أطلق الخلاف فيها لما قلنا: إنها بيع، ولذلك لا يحكم بها عند التنازع، واختلف في جوازها بالقرعة، والمشهور أنها لا تجوز، انتهى.

وليس من شرط هذه والتي قبلها اتفاق الجنس بخلاف الثالثة.

وذكر عياض أنه يشترط في الثالثة أيضاً ألا تكون في المكيل والموزون.

وقال اللخمي وابن رشد^(١): لا خلاف أن قسمة المراضاة بيع، واختلف في القرعة

فقليل: تمييز حق، وقيل: بيع.

اللخمي: وهو أصوب؛ لأنه لا يختلف أن كل نخلة مثلاً قبل القسمة شركة وإن كان

كذلك كانت القسمة بيعاً.

وفي «المقدمات»^(٢) نص مالك في «المدونة» على أنها بيع وذهب سحنون إلى أنها تمييز

حق، واضطرب قول ابن القاسم في ذلك على ما يؤخذ من «المدونة» وغيرها.

(١) «البيان والتحصيل» (١١/١٣٧).

(٢) «المقدمات» (٣/٩٣).

عياض: والصحيح من مذهبنا وقول أئمتنا: إنها تميز حق، وإن كان قد أطلق عليها أنها بيع واضطرب قول ابن القاسم وسحنون.

واعلم أنهم أجازوا في قسمة المراضاة التفاضل مثل أن يكون بينهما ففين قمع، فيأخذ أحدهما ثلثه، والآخر ثلثين على سبيل التراضي.

ابن راشد: وهذا ينافي كونها بيعاً محضاً.

الثالثة: وهي المقصودة: كدَارٍ أَوْ بُسْتَانٍ فَتُصَحَّحُ السَّهَامُ، ثُمَّ تُعَدَّلُ الْمَوَاضِعُ عَلَيْهَا بِالْقِيَمَةِ لَا بِالمِسَاحَةِ ثُمَّ يُقْرَعُ فَمَنْ خَرَجَ سَهْمُهُ فِي طَرْفٍ وَبَقِيَ لَهُ سَهَامٌ أَخَذَهَا مِمَّا يَلِيهِ... إنما كانت هذه هي المقصودة؛ لأن الأولى راجعة إلى الكراء والثانية إلى البيع.

وقوله: (فُتُصَحَّحُ السَّهَامُ) يعني - سواء كانت بين ورثة أو أجنب مثاله: ثلاثة لأحدهم السدس، وللآخر الثلث، وللآخر النصف، فتعدل السهام على أقل جزء، وهو السدس، فتعملها ستة أقسام بالقيمة لا بالمساحة أي لا بالمقدار فربما كان ذراع من هذه الناحية يساوي ذراعين أو أكثر من الناحية الأخرى، أما إن تساوت فيها الأرض، فإنها تقسم بالمساحة.

ابن عبدوس: ويقوم القاسم النخل نخلة نخلة، ثم يضرب بالقرعة فإن خرجت لصاحب القليل أخذه، وإن خرجت لصاحب الكثير وهو النصف ضم إليه سهمان آخران مما يليه، وإن خرجت لصاحب الثلث ضم إليه آخر [مما يليه] (١)، وهذا هو المعروف.

وقيل: إن صاحب السدس لا يكون إلا في أحد الطرفين.

وَصَفَتْهَا: أَنْ يُكْتَبَ الشُّرَكَاءُ فِي رِقَاعٍ وَتُجْعَلَ فِي طِينٍ أَوْ شَمْعٍ وَتُرْمَى كُلُّ بِنْدُقَةٍ فِي جِهَةٍ، فَإِنْ تَشَاحُوا فِي بَدَايَةِ إِحْدَى الْجِهَتَيْنِ أُفْرِعَ عَلَيْهَا أَوْلًا...
تصوره ظاهر.

[قوله]: (ثم يخرج كل واحد): أي من رِقَاعِ الجِهَاتِ ومن رِقَاعِ الأَسَامِي.

وقوله: (فَإِنْ تَشَاحُوا فِي بَدَايَةِ إِحْدَى الْجِهَتَيْنِ) نحوه في « المدونة » (٢) وزاد فيها: إلا ألا يبقى إلا اثنان، فإنه يضرب ولم يلتفت إلى أحدهما؛ لأن الضرب لأحدهما ضرب

(١) سقط من ط .

(٢) « تهذيب المدونة » (٤٥٧/٣).

للآخر.

عياض: واختلف في معنى التَّشَاْحُحِ المذكور، فظاهر كلامهم وقول ابن القاسم وغيره ما تقدم من الضرب على أي الجهتين يبدأ.

وخالف ابن لبابة ذلك وفسر التَّشَاْحُحِ بأن يقول بعضهم: يقسم من قبلة إلى جنوب، ويقول الآخرون: بل من شرق إلى غرب لأغراض لهم في ذلك.

ابن لبابة: ولا وجه للتَّشَاْحُحِ إلا على هذا، وأما على ما قاله ابن القاسم فلا، لأنَّ السَّهْمَ لا يُدْرَى لمن يخرج فكان حكم الجميع فيه سواء.

واختلف إذا خرج سهم واحد هل يُقْرَعُ ثانياً لجهة الإقراع مطلقاً إلا ألا يبقى إلا اثنان فلا يحتاج حينئذ إلى الإقراع ولا يحتاج إلى الإقراع إلا عند التَّشَاْحُحِ على القولين.

وَأَصْحَابُ الْفَرِيضَةِ الْوَاحِدَةِ يُجْعَلُونَ أَوْلاً كَوَاحِدٍ ثُمَّ يَقْتَسِمُونَ ثَانِيَةً

مثاله: شريكان مات أحدهما عن ورثة فيقسم نصفين: نصف للشريك، ونصف للورثة ثم يقسم ثانياً، وكذلك أيضاً إذا كان في الفريضة سهام، وفي سهم جماعة مشتركون يقسم أولاً على السهام ثم اقتسم أهله كزوجات لهم الثمن أولاً ثم إن شأوا اقتسموا ثانياً، وحكى اللَّخْمِيُّ الاتفاق على ذلك.

[ابن عبد السلام]^(١): وهو يلاحظ ما تقدم في الشفعة أن الشريك الأخص أولى بالشفعة من الشريك الأعم.

وَلَا يُجْمَعُ بَيْنَ اثْنَيْنِ فِي الْقَسْمِ بِالْقُرْعَةِ .

هكذا قال مالك، وحمله ابن القاسم على أنه لا يجوز الجمع سواء اتفق سهم الاثنين أو اختلف، رضيًا أم لا.

وفي «الجلاب»^(٢): ولا يجمع القاسم بين اثنين في القسم إلا أن يتراضى الشركاء كلهم بذلك.

ابن عبد السلام: وقال أصحاب مالك: وإنما يكون ما حمله ابن القاسم إذا استوت الأنصباء، ولو اختلفت الأنصباء كأن يقول: لبعضهم الثلث ولبعضهم النصف، فإن

(١) سقط من ط .

(٢) «التفريع» (٢/٢٩٧) .

أصحاب كل جزء من هذه الأجزاء يجتمعون في سهم وإن كرهوا ثم يقتسمون إن شاؤوا. وهكذا فسرهُ مالك في «العتيبة»^(١) في سماع أشهب وابن نافع، وكذلك فسرهُ مالك ومطرف وأصغ في «الواضحة».

وفي اللَّخْمِيَّ: اختلف إذا كان الولدُ عدداً، فقال مالك مرة: هم كأهل سهم واحد فيقسم لهم قسماً واحداً ثم يقتسمونه ثانياً إن انقسم وإلا باعوه، وقال أيضاً: كل واحد صاحب سهم.

ورأى ابن القاسم أنهم ليسوا بأهل سهم، وأجاز أن يتراضوا على أن يجمعوا أو يضرب لهم بسهم واحد للاختلاف في ذلك قال: والصواب في الولد والإخوة والأعمام أنهم كأهل سهم.

وفي «البيان»^(٢): وأما أهل السهم الواحد كالزوجات والبنات والأخوات والجدات والموصى لهم بالثلث فلا خلاف أنه يجمع حظهم في القسمة شاؤوا أو أبوا، لأنهم كالشيء الواحد.

وفي العصبه ثلاثة أقوال:

أحدها: كأنهم أهل سهم واحد يجمع لهم حظهم ثم يقتسمون إن شاؤوا وهو قول ابن حبيب.

والثاني: أنهم لا يجوز جمعهم وإن رضوا، وأراه قول المغيرة.

والثالث: أنه لا يجمع حظهم إلا أن يرضوا، وهو قول ابن القاسم في «المدونة»؛ لأنه فسر قول مالك فيها فيمن ترك زوجته وعصبته وترك امرأة يضرب لها بحقها مع العصبه في أحد الطرفين، فقيل: إنه يضرب لها في أحد الطرفين، فقال: معناه عندي إذا كان العصبه واحداً أو عدداً لا يردون القسمة.

وقد اختلف في تأويل قول مالك أن الزوجة يضرب لها بحقها مع العصبه في كلام أحد الطرفين كان الورثة من كانوا ثم يقتسمون بعد أن أحبوا، وهو ظاهر قول مالك في «المدونة» ورواية ابن الماجشون، وقيل: ذلك مع العصبه خاصة إذا لم يروا أن يقتسموا،

(١) «البيان والتحصيل» (١١٤/١١).

(٢) «البيان والتحصيل» (١١٤/١١).

انتهى بمعناه .

[ابن عبد السلام]^(١) : واستثنى ابن القاسم مسألة الزوجة من عموم المسألة .

بِخِلَافِ مَا لَوْ قَاسَمَ شَرِيكَانِ ثَالِثًا ؛ هَذَا بَيِّعَ .

يعني إذا قاسم الشريكين ثالثاً فإن هذا بيع لا قسمة قرعة، وفي كلامه إشارة إلى أن قسمة القرعة تمييز حق لا بيع .

الْقَاسِمُ: الاثْنَانِ أَوْلَى مِنَ الْوَاحِدِ، وَلَا يُقْبَلُ قَوْلُهُمَا بَعْدَ الْعَزْلِ

فهم من قوله: (أولى) أن الواحد يجزئ ؛ لأنه كالحاكم، ولهذا (لا يُقْبَلُ قَوْلُهُمَا) بعد عزل القاضي الذي بعثهما، فقال ابن شعبان: لا بد من اثنين، وغلب على ذلك الشهادة، وبالأول قال ابن حبيب، فإنه قال: يقبل القاضي شهادة القاسم إن كان الحاكم هو الذي أمره بذلك، وذكر ذلك الحاكم، وقاله ابن الماجشون .

وكذلك كل ما لا يباشره القاضي من الفعل أو القسم والاختلاف والكتاب والنظر إلى العيب وشبهه ؛ لأن فعلته كانوا [مرتقبين أم لا]^(٢) .

وفهم من قوله: (بَعْدَ الْعَزْلِ) قبول قولهما قبله، وهو قول مالك في «العتبية»، وهو الذي في «الروائع المجموعة»، قيل: وهو الصواب، وقال سحنون: إذا شهد قاسمان على ما قسماه بأمر قاض أو بغير أمره أن كل واحد ممن قسما بينهم قد استوى نصيبه، فلا تجوز شهادتهما ؛ لأنهما شهدا على فعل أنفسهما .

وَلَهُ الْأَجْرَةُ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ أَجْرَةٌ مِنْ بَيْتِ الْمَالِ مِنَ الْمَقْسُومِ لَهُمْ عَلَى عَدَدِهِمْ، وَقَالَ أَشْهَبُ: عَلَى حَصَصِهِمْ .

يعني: أن القاسم إن كانت له أجره من بيت المال لم يجز أن يأخذ أجره من الناس، وظاهره إباحة أخذها إذا لم تكن له أجره من بيت المال، ومذهب «المدونة» و «العتبية» وغيرهما: الكراهة، ففي باب القسم من «المدونة»^(٣) : وأكرهه لقاسم القاضي والمغتم أن يأخذ على القسم أجراً ؛ لأنهم إنما يفرض لهم في أموال اليتامى وسائر الناس كما أكره

(١) سقط من ط .

(٢) في ط : مرتقبين أولاً .

(٣) «تهذيب المدونة» (٣/٣٦٨) .

ارتزاق صاحب السوق من أموال الناس.

وفي باب الأذان: وكره مالك إجارة قسام القاضي، وكان ربيعة وخارجة رضي الله عنهما يُقسّمان ولا يأخذان جعلاً.

وقوله: (عَلَى عَدَدِهِمْ) هو مذهب «المدونة» قال فيها: وسواء في ذلك من طلب القسمة أو أباهما، ويقول أشهب قال ابن الماجشون وأصبع.

الباجي في «وثائقه»^(١): وبه جرى العمل.

المتيطي: وقال غير واحد من الموثقين: الأول أظهر وبه القضاء؛ لأن تعبه في تمييز النصيب اليسير كتعبه في تمييز النصيب الكثير.

وكذلك اختلف في أجره كاتب الوثيقة على مذهبين: ففي القسم من «المدونة» في قوم أرادوا أخذ مال عند رجل ويستأجرون من يكتب كتاباً لهم: فله أجره عليهم وعليه، وقال أشهب نحوه في «الجلاب»^(٢).

وفي سماع ابن القاسم: لا يكون على الذي بيده المال شيء، وقال سحنون: ذلك كله على الذي بيده المال، قال بعض الموثقين: لأنه رأى أن المنفعة له وحده.

وفي «الجلاب»^(٣): إذا كان لجماعة حق على رجل فكتبوا عليه كتاباً واحداً وسهامهم مختلفة فيه، فأجرة الكاتب بينهم بالسواء، وقد تقدمت نظائر هذه المسألة.

المقسوم: هو المشترك عقاراً أو غيره.

هو ظاهر التصور.

ويُقَسَّمُ كُلُّ صِنْفٍ مُتْفَرِّداً.

يعني: أنه لا يجوز في قسم القرعة الجمع بين جنسين أو نوعين متباعدين؛ لأن ذلك غرر، وحكى ابن عبدوس عن أشهب جوازه برضاهم، وهو الذي حكى غيره عنه أنه يوافق على هذا الأصل غير أنه يخالف في مسائل خلافاً في حال كمسألة «المدونة» فإنه أجاز فيها إذا كانت نخلة وزيتونة بين رجلين أن يقتسماها بالقرعة إذا اعتدلتا في القسم وتراضيا

(١) «المنتقى» (٥١/٩).

(٢) «التفريع» (١٩٧/٢).

(٣) «التفريع» (١٩٧/٢).

بذلك، قال فيها: وإن كرها لم يجبرا وإن لم يعتدلا في القسمة [تقاوماهما أو باعاهما، مثل ما لا ينقسم من شجرة أو ثوب أو عبد أو غيره] (١).

واختلف في مسألة «المدونة» هذه، فقال سحنون: ترك ابن القاسم قوله: لا يجمع بين صنفين مختلفين.

وقال بعضهم: هي قسمة مراضاة.

ورد بأن اشتراطه الاعتدال [يدل على أنه] (٢) في قسم القرعة.

وقال اللّخمي: إنما أجاز ذلك فيما قلّ.

ابن راشد: ويحترز في القسم من ثلاثة: الجهالة، والربا، وإتلاف المال.

أما الجهالة: فكما لو ورثا داراً غائبة فلا يجوز أن يقتسماها.

ابن القاسم: إلا أن توصف لهما، ومنعه سحنون ولو وصفت.

وأما الربا: فكماقتسامها ثمرأ أو زرعا قبل بدو صلاحه على شرط التبقية.

وأما إتلاف المال: فكقسمة النخلة الواحدة خشباً أو كقسمة اللؤلؤة، وحكى عياض فيما

يتنقص من ثمنه كثيراً، كالياقوتة الكبيرة والجمال النجيب يقسم لحماً - خلافاً: هل يجوز

قسمة بالتراضي أم لا ؟

وتُجمعُ الدُّورُ المُتقاربةُ المَكَانِ المُستويةُ نفاقاً ورغبةً مهمّما دعا إليه أحدُهُم، وكذلك

لو كانوا في جهتين من البلد متساويتين...

هكذا في «المدونة» (٣) ووجهه ظاهر ؛ لأنه إذا اجتمع ذلك لو ناب كل واحد منهما دار

كاملة أو جزء كبير يحصل به الانتفاع التام بخلاف ما إذا قسمت كل دار مفردة، ولا يجوز

الجمع عند ابن القاسم إلا بشرطين: التساوي في النفاق، والتقارب.

قال في «المدونة» (٤) كالليل ونحوه، قال فيها: وإن تباعد ما بين كل قريتين أو حائط أو

قريح كاليوم ونحوه لم يجمع في القسم وإن اتفق في الكرم والنفاق.

واشترط أشهب شرطاً واحداً وهو التقارب، وقال سحنون: يقول ابن القاسم في الدور

(١) سقط من ط .

(٢) سقط من ط .

(٣) «المدونة» (١٤/٤٦٥) .

(٤) «المدونة» (١٤/٤٦٥) .

ويقول أشهب في الأرضين هكذا ذكر اللَّخْمِيّ وأبو الحسن هذه الأقوال، وما نسباه «للمدونة» هو الذي يؤخذ منها.

ورأى صاحب «البيان»^(١) أن مذهب «المدونة»، جواز قسمتها إذا اتفقت في القرب وإن اختلفت في النفاق، قال: ويقوم من «المدونة» قول آخر، وأشار إلى ما ذكرناه.

واعلم أن الشيوخ قد اختلفوا في النقل عن أشهب، ورأيت اختصار ذلك، لأن المصنف لم يتعرض لذلك.

فرعاً:

أولهما: اختلف في قسمة العلو والسفل بالقرعة.

الثاني: يجوز في القرعة أن يكون بينهما الشيء اليسير، كما لو كانت قيمة أحدهما مائة والآخر تسعين، وتقارعا على أن من صارت إليه المائة يعطي صاحبه خمسة؛ لأن هذا مما لا بد منه ولا يتفق غالباً تساوى القيمة، قاله اللَّخْمِيّ.

قال: وتجمع الحوانيت بعضها إلى بعض إذا كانت في سوق واحد أو سوقين بشرط تقارب الأغراض ولا تجمع الديار إلى الحوانيت ولا إلى الفنادق ولا إلى الحمامات، وأما جمع الفندق إلى الحمام، فيسأل عنه أهل المعرفة، فإن رأوا اتفاقهما لم تجمع وإلا جمعت وتجمع الحوانيت بعضها إلى بعض إذا كانت في سوق واحد أو سوقين بشرط تقارب الأغراض، ولا تجمع الديار إلى الحوانيت ولا إلى الفنادق وقد يستحق جمع الحوانيت كدور الغلة، انتهى بمعناه.

إِلَّا أَنْ تَكُونَ وَاحِدَةً مَعْرُوفَةً بِسُكْنَاهُمْ فَتَفْرُدُ إِنْ تَشَاحَوْا فِيهَا.

هذا استثناء من قوله: (وتُجْمَعُ الدُّورُ) أي: تجمع إلا أن يهلك الرجل الشريف وله ولد ويترك دار سكناء وغيرها فتشاح الورثة في تلك الدار، فإنها تقسم بينهم إن حملت القسم ثم يقسم غيرها على ما تقدم.

وهكذا قال ابن حبيب في «واضحته» ونحوه في «المدونة»، لكن حمل ابن أبي زمنين «المدونة» على ما إذا لم يكن للميت غير دار سكناء، قال: ولو كان معها غيرها لجمعت للقسم، ولا كلام للمنازع خلاف ما قاله ابن حبيب، وإلى هذا التفسير ذهب أبو عمران.

(١) «البيان والتحصيل» (١١/١٠٦).

ابن عبد السلام: والأكثر ممن لقيناه على ما في «الواضحة» وهذه المسألة وقع اضطراب في لفظها في «المدونة».

وَكَذَلِكَ الْقَرْىَ وَالْحَوَائِظُ وَالْأَفْرَحَةَ يُجْمَعُ مَا تَقَارَبَ مَكَانُهُ - كَالْمِيلِ وَنَحْوِهِ -
وَتَسَاوَى فِي كَرَمِهِ وَعَيْونِهِ، بِخِلَافِ الْيَوْمِ...

أي: وكذلك تجمع القرى والحوائظ، وما ذكره في حد القرب والبعد ونحوه في «المدونة» وقد تقدم.

ابن رشد: قيل: القرب الميلان ونحوهما، وقال أبو عمر الإشبيلي وابن عتاب: العشرون ميلاً قريب، ولابن حبيب في «الواضحة»: الثلاثون ميلاً قريب.

عباس: والأفرحة: الفدادين واحدها قراح بالفتح مثل زمان وأزمنة، وفي «المدونة»^(١): واحدها قريح، ولا يبعد صوابه إن سمع كقفيز وأقفزة، وبغير وأبصرة.

وقال الخليل: القراح من الأرض كل قطعة على حياها من منابت الشجر ونحو ذلك، وقال ابن دريد: القراح من الأرض ما خلص طينه، وقال الجوهري^(٢): هي المزرعة التي ليس فيها بناء ولا شجر.

ابن عبد السلام: وهو الأقرب لاستعمال الفقهاء.

قال ابن الأنباري عن أبي حاتم في لحن العامة: فدان بالتخفيف، والجمع أفدنة، ولا يقال: بالتثقيل، وحكاه غيره مشدداً.

وقوله: (فِي كَرَمِهِ وَعَيْونِهِ) يحتمل عيوبه بالباء من العيب، ويكون مقابلاً للكرم، ويحتمل بالنون، وهو الذي يؤخذ من «المدونة»^(٣)؛ لأن فيها: وإن ورث قوم أراضي وعيوناً كثيرة فأراد بعضهم قسم كل عين وأرض، وأراد غيره اجتماع حصته من ذلك فإن استوت الأراضي في الكرم - أي: في الجودة - وتقاربت أماكنها واستوت العيون في سقيها جمعت، وإن اختلفت الأرض في الكرم والعيون في الضرر قسمت كل أرض وعينها على حدة.

والواو في قوله: «والعيون» بمعنى أو، وقاله أبو الحسن.

(١) «المدونة» (٤٦٤/١٤).

(٢) «الصحاح» (٦٩/٢).

(٣) «المدونة» (٤٦٤/١٤).

اللَّخْمِيَّ: وعلى هذا لا يجمع البعل مع ذات العين ولا ذات البئر، ولا ذات عين من ذات بئر، قال: ولا تخلو الأوطان من ستة أوجه: إما أن تكونا بعلاً لا سقي لهما، أو سقيهما معاً بالعيون، أو سقيهما بالقرب، أو أحدهما بالبعل، والأخرى بالعين أو بالبئر وبالقرب، فعلى قول ابن القاسم: لا يجمعان إلا أن يتساويا، وقال أشهب: لا يجمع البعل مع السقي، وهو مثل قول ابن القاسم، وروى ابن وهب عن مالك أنه يقسم البعل مع العيون، ولا يقسم البعل مع النضح إلا برضا أهله، ولا وجه لهذا البعل والنضح أقرب من البعل مع العين، انتهى.

وقال الباجي^(١): جوز في «الموطأ» أن يقسم البعل مع ما يسقى من العيون سيحاً من غير نضح، وهو مشهور المذهب، ووجهه أنهما يزكيان بالعشر بخلاف النضح الذي يزكي بنصف العشر، وروى نحوه ابن وهب عن مالك في «المجموعة».

وفي «الواضحة»: لا يجمع البعل مع السقي ومثله في سماع أشهب، ابن زرقون: ولا خلاف أنه لا يجمع النضح مع البعل ولا مع السيل إلا على رواية النخلة والزيتونة.

وَلَوْ كَانَ كُلُّ صِنْفٍ مِنْ رُمَّانٍ وَتُفَاحٍ وَغَيْرِهِ عَلَى حِدَةٍ قُسِمَ إِنْ انْقَسَمَ بِخِلَافِ حَائِطٍ فِيهِ أَشْجَارٌ مُخْتَلِفَةٌ أَوْ نَخْلٌ مُخْتَلِفَةٌ فَإِنَّهُ يُقَسَّمُ مُجْتَمِعاً وَكَذَلِكَ أَرْضٌ فِيهَا شَجَرٌ مُتَفَرِّقَةٌ...
(عَلَى حِدَةٍ) أَي فِي حَائِطٍ وَاحِدٍ لِقَوْلِهِ: (بِخِلَافِ حَائِطٍ... إِلَى آخِرِهِ).

وحاصله أن الحائط الواحد يقسم بالقيمة ولا يفرق سواء كانت فيه أشجار أم لا، قال في «المدونة»^(٢): كالتفاح والرمان والأترنج وغيره أو أنواع من الجنس الواحد، وإليه أشار بقوله: (أَوْ نَخْلٌ مُخْتَلِفَةٌ) قال في «المدونة»: كالبرني والصيحاني والجعرور وأصناف التمر. قال سحنون: وما في «المدونة» من جمع الحائط المختلف في القسم استحسان للرفق لاجتماع السهم، وإذا كرهه هكذا حكى الباجي^(٣) عنه.

وحكى ابن يونس عنه فقال: لا يقسم الجنان المختلفة الثمار إلا بالتراضي، وظاهر «المدونة» أنه يقسم الرديء مع الجيد، ألا ترى أنه قال: يجمع الصيحاني والبرني مع

(١) «المنتقى» (٥٣/٦) .

(٢) «المدونة» (٤٦٦/١٤) .

(٣) «المنتقى» (٥٤/٦) .

[الجمروري^(١)]، وظاهر ما في «المجموعة» أنه يقسم كل نوع على حدة، كذلك ظاهر ما حكاه ابن يونس عن سحنون من أنه لا يجوز إلا بالتراضي.

قوله: (وَكَذَلِكَ أَرْضٌ فِيهَا شَجَرٌ مُتَفَرِّقَةٌ) نحوه في «المدونة»^(٢) في القوم الذين ورثوا أرضاً بها أشجار، هنا شجرة وهنا شجرة، وأرادوا قسمتها، قال فيها: فليقتسما الأرض والشجر جميعاً، إذ لو قسموا الأرض على حدة لصار لكل واحد شجر في أرض صاحبه.

وَلَا يُقْسَمُ مَجْرَى الْمَاءِ جَبْرًا

هكذا في «المدونة»^(٣) في القوم الذين ورثوا قرية ولها عين إنهم يقتسمون القرية ولا يقتسمون مجرى الماء، ويكون لهم في الماء على قدر موارثهم بالقلد، وقال: جبراً؛ لأنهم إن تراضوا جاز قسمه.

وَأَبْرُ كُلُّهُ صِنْفٌ، وَتُضَمُّ إِلَيْهِ ثِيَابُ الصُّوفِ وَالْأَفْرِیَةِ إِذَا لَمْ تَحْمَلِ الْقِسْمَةَ، وَقِيلَ: أَصْنَافٌ، فَالْقُطْنُ وَالْكَتَّانُ صِنْفٌ، وَالْحَرِيرُ وَالْخَزُّ صِنْفٌ، وَالصُّوفُ وَالْمِرْعَزِيُّ صِنْفٌ، وَيُقْسَمُ الْمَخِيطُ مَعَ غَيْرِهِ...

(الْبُرُّ) بفتح الباء، وأطلقه في الكتاب على ما يليس سواء كان صوفاً أو خزاً أو كتاناً أو قطناً أو حريراً، مخيطاً أو غير مخيط.

خليل: وعلى هذا أجرى المصنف، ألا ترى إلى التفصيل في القول الثاني.

الجوهري^(٤): والبز من الثياب متاع البزاز.

عياض: وقال صاحب «العين»^(٥): البز ضرب من الثياب، وقال ابن دريد: البز متاع

البيت خاصة.

والقول الأول من كلام المصنف مذهب «المدونة»، لكنه أطلق في موضع جمع هذه

الأشياء، وقال في موضع آخر: هذا ما لم يحمل كل صنف منها القسمة، وجعل ذلك

(١) في ط: الجمروري.

(٢) «المدونة» (٤٦٦/١٤).

(٣) «المدونة» (٤٧٢/١٤).

(٤) «الصحاح» (٤١/١).

(٥) «العين» (٣٥٣/٧).

اللَّخْمِيَّ وَغَيْرِهِ عَلَى الْخِلافِ، وَالْقَوْلُ بِأَنَّهُ أَصْنَافٌ لِابْنِ حَبِيبٍ وَمَطْرَفِ وَابْنِ الْمَاجِشُونِ.

ابن حبيب: والدياج صنف لا يضم مع الحرير، قال: وثياب القطن والكتان صنف يقسم بالسهم إذا اعتدلت بالقيمة، وإن كان بعضها قميصاً وبعضها أردية، وبعضها عمائم، وبعضها جباباً.

ولأشهب في «المجموعة» كَلَّمَا جاز أن يسلم واحد في اثنين إلى أجل فلا يجمع في القسم، وما لا يجوز فيه فهو صنف يجمع في القسم.

سحنون: وهو الصحيح.

(وَيُقَسَّمُ الْمُخَيِّطُ مَعَ غَيْرِهِ) ابن عبد السلام: هو ظاهر الروايات ونص في بعضها.

وقال ابن حبيب: لا يضم فراء معلومة إلى فراء غير معلومة، وقيل: لا يجوز جمع الثياب ولا غيرها من العروض والعبيد في القسمة بالقرعة إلا الدور والأرضين.

وَالْخَيْلُ وَالْبِغَالُ وَالْحَمِيرُ أَصْنَافٌ

فلا تجمع في القسم، وقد تقدم في السلم أن البغال والحمير صنف لا يسلم أحدهما في الآخر، وقد تقدم الجواب عن المعارضة بأنه احتياط في الوجهين، [وحصل (١) في المقدمات (٢) في قسمة البغال والحمير ثلاثة أقوال:

الأول: أنهما لا يجمعان في القسمة أصلاً.

والثاني: مقابله.

والثالث: يجمعان إن لم يحتمل كل صنف القسمة على حدة.

وَلَا يُقَسَّمُ التَّمْرُ مَعَ أَصُولِهِ، وَلَوْ كَانَ بَلْحًا أَوْ طَلْعًا وَيَتْرَكَ حَتَّى يَحِلَّ بَيْعُهُ، وَكَذَلِكَ الزَّرْعُ مَعَ الْأَرْضِ؛ لِأَنَّهُ طَعَامٌ وَأَرْضٌ بِطَعَامٍ وَأَرْضٌ...

تصور المسألة وتعليلها ظاهر من كلامه، وكلامه في «المدونة» قريب من كلام المصنف؛

(١) في ط: وجعل.

(٢) «المقدمات» (٩٧/٣).

لأنه قال (١): وإذا ورث قوم شجراً أو نخلاً وفيها ثمر، فلا يقسموا الثمار مع الأصل، وإن كانت الثمار بلحاً أو طلعاً، ولا يقسم الزرع مع الأرض، ولكن تقسم الأرض والأصول وتترك الثمرة والزرع حتى يحلَّ بيعهما فيقسمون ذلك حينئذٍ كيلاً أو يبيعونه ويقسمون ثمنه.

ابن يونس: وأسقط سحنون الطلع، وقال: إذا كان فيها طلع لم يجز قسمتها بحال؛ لأنهما وإن لم يستنيا شيئاً فهو طعام مؤخر.

اللَّخْمِيّ: وإن كان في النخل تمر لم يؤبر لم يجز القسم بحال؛ لأن المقاسمة تقتضي دخول الطعام في القسم، وذلك آيل إلى طعام بطعام، كما قال مالك في من باع حائطاً وفيه ثمر لم يؤبر بقمح نقداً أو إلى أجل: لا خير فيه؛ فراعى ما يؤول إليه.

اللَّخْمِيّ: وإن كانت الثمرة مابورة أو بلحاً صغيراً أو كبيراً أو زهواً كانت المقاسمة جائزة إذا لم تدخل الثمار في القسم، وإن دخلت في المقاسمة لم يجز، وقيل: يجوز إدخالها في المقاسمة بشرط أن لا يبلغ إلى حد يحرم فيه التفاضل.

[وخرج اللَّخْمِيّ قولاً بالجواز، ولو بلغت إلى حد يحرم فيه التفاضل] (٢).

وَلَا يُقَسَّمُ شَيْءٌ مِّمَّا فِي أَصُولِ الشَّجَرِ بِالْخَرَصِ عَلَى الْمَنْصُوصِ وَكَذَلِكَ الْبَقْلُ الْقَائِمُ إِلَّا التَّمْرَ وَالْعَنْبَ إِذَا حَلَّ بَيْعُهُمَا وَأَخْتَلَفَتْ حَاجَةُ أَهْلِهِمَا، فَإِنَّ أَمْرَ النَّاسِ مَضَى عَلَى الْخَرَصِ فِيهَا خَاصَّةً...

المنصوص مذهب «المدونة»: لا يخرص إلا التمر والعنب، إذا اختلفت حاجة أهلهما بأن طلب أحدهم البيع والآخر الأكل ونحو ذلك.

وقد تقدم في الزكاة سبب اختصاص الخرص بهما، وأشار بمقابل المنصوص إلى ما رواه أشهب عن مالك في «العتبية» (٣) و«المجموعة» أنه قال: لا بأس بقسّم جميع الثمار إذا اختلفت حاجة أهلهما، ونقل ابن حبيب عن مالك - وغيره من الأصحاب إلا ابن القاسم - أنه يقسم مدخر الثمار كلها، والمشهور قصره على التمر والزبيب، وأشهب عداه لكل ما له أصل، وابن حبيب: كل مدخر، وقد قدمنا غير مرة أن المصنف لم يطرد له في مقابل

(١) «المدونة» (١٤/٤٦٦).

(٢) سقط من ط.

(٣) «البيان والتحصيل» (١١/١١٩).

المنصوص قاعدة.

وقوله: (وَكَذَلِكَ) أي: لا يقسم على المشهور، وقال أشهب: يقسم إذا بدا صلاحه وجاز بيعه، قال: وليس هذا مثل الزرع؛ لأن الزرع يدخله التفاضل ولا يحاط به كما يحاط بالثمار بخلاف البقل.

وأبقى سحنون المشهور على إطلاقه في منع القسم، وأنكر ذلك ابن عبدوس وتأوله على ما إذا كانت القسمة على التأخير، وأما على الجذاذ فيجوز.

وقوله: (إِذَا حَلَّ بَيِّعُهُمَا). إلى آخره (يعني أنه إنما يجوز الخرص فيما يخرص بشرطين: أولهما: أن يحل بيعه، وكذلك ذكر هذا الشرط في «المدونة» وغيرها.

وانظره مع إجازته فيها قسم البلح.

ولهذا قال بعضهم: إنه تناقض، قيل: ولعلمهم إنما اشترطوا الطيب هنا؛ لأنه يجوز تأخيره بعد القسم إلى أن يصير تمراً ولا يبطل القسم بخلاف البلح.

وثانيهما: أن تختلف حاجة أهله كما لو أراد أحدهما البيع والآخر اليبس؛ إذ لو اتفقت الأغراض لما كان القسم في رؤوس الشجر.

فائدة:

فضل وأبو عمران وابن يونس اللخمي وغيرهم: ويجوز أيضاً القسم إذا قصد كل الجذاذ، ولكن كان عيال أحدهما أكثر، ويتنزل ذلك منزلة اختلاف الأغراض المتباينة.

وزاد الباجي^(١) شرطاً ثالثاً: أن يكون المقسوم يسيراً؛ لأن مالكاً كرهه في الكثير جداً، ورأى أنه لا تختلف الحاجة إليه في اليسير، فعلى هذا يرجع هنا الشرط إلى الثاني.

ورابعاً: إن تساوى طيبه بأن يكون المقسوم كله بسراً أو رطباً، فلو كان منه بسر ومنه رطب قسم كل نوع على حدة، ونص أشهب عليه.

وخامساً: أن تكون المقاسمة بالتحري في الكيل.

وسادساً: أن يقسم بالقرعة، وزاد غيره: وأن تكون في الرطب أو البسر لا التمر يقسمانه كيلاً، ولا يضر اختلاف النوع، فيجوز قسمه وفيه العجوة والصيحاني وغير ذلك.

(١) «المنتقى» (٥٨/٦).

كذلك أنواع الزبيب إلا أن يأبى أحدهم فيقسم كل واحد منفرداً.

وَيَسْقِي صَاحِبَ الْأَصْلِ وَإِنْ كَانَتْ الثَّمَرَةُ لِغَيْرِهِ كَبَائِعِ الثَّمَرَةِ

يعني: إذا اقتسما الثمرة للحاجة ثم اقتسما الأصول فوقع نصيب هذا من الثمرة في أصل هذا، فإن صاحب الأصل يسقي أصله وإن كانت الثمرة لغيره وهذا مذهب «المدونة»؛ لأن القسمة كالبيع، ومن باع ثمراً فسقيها على صاحب النخل.

وقال سحنون: السقي هنا على صاحب الثمرة؛ لأن القسمة تميز حق ولو كان كالبيع لما كان عليه أن يسقي من الثمرة إلا نصف ما في نخله ونصف ما في نخل صاحبه على صاحبه أن يسقي النصف من النصفين جميعاً، ويبين لك الفرق أن البيع فيه الجائحة، ولا جائحة في القسمة.

فرع:

إذا باع أصل حائظه دون الثمرة فالسقي على البائع؛ لأن المتباع لا تسلم إليه حتى يجذ البائع ثمره، قاله مالك وسحنون، وقال المغيرة: السقي على المشتري؛ لأنه يسقي نخله فتشرب ثمرة هذا.

وَيُقَسَّمُ أَيْضاً الْبَلْحُ الْكَبِيرُ وَإِنْ كَانَ رَبَوِيًّا عِنْدَ اخْتِلَافِ حَاجَتِهِمْ فِي أَكْلِهِ بَلْحًا أَوْ بَيْعِهِ بَلْحًا، فَإِنْ تَرَكَ شَيْءٌ مِنْهُ حَتَّى يَزْهِيَ بَطَلَتْ الْقِسْمَةُ بِخِلَافِ الرُّطْبِ يَتْرَكَ حَتَّى يَثْمِرَ...

ذكر هذا لأنه كالأستثناء من قوله: (إِذَا حَلَّ بَيْعُهُمَا) وما ذكره المصنف وهو كقوله في «المدونة»^(١): والبلح الكبير إذا اختلفت حاجتهم فيه؛ كان يأكل هذا بلحاً ويباع الأرض بلحاً جازت قسمته بالخرص، وهذا كاليسر في تحريم التفاضل فيه، ومن عرف ما صار له منه فهو قبض وإن لم يجذّه، وإن جذّه بعد يومين أو ثلاثة أو أكثر جاز ما لم يتركه حتى يزهي، فإن ترك أحدهما حصته أو تركاه جميعاً حتى أزهى بطل القسم؛ إذ لا يجوز بيع ذلك حتى يزهي، ولم ير سحنون هذا اختلاف حاجة إذا كان أمرهم يرجع إلى الجذ؛ لأن الذي يأكل يجذ والذي يبيع [يجذ ولا يتركه]^(٢) لأن تركه يبطل القسمة.

اللُّخْمِيُّ: والأول أصوب؛ لأن المشتري يجذّ نصيبه مرة أو مرتين ليدرك بها الأسواق،

(١) «تهذيب المدونة» (٣/٣٥٠).

(٢) في ط: على الجذ يتركه.

والآخر يجذ شيئاً فشيئاً.

ويجوز أيضاً قسمته وإن لم يبيع واحد منهما إذا اختلفت حاجتهما لفضل عيال أحدهما على الآخر، نص عليه غير واحد كما تقدم.

وقوله في «المدونة»^(١): فإن ترك شيئاً منه حتى أزهى قاس ذلك على البيع.

عياض: وما ذكره من جواز ترك الرطب حتى يثمر موافق لما في التجارة من كتاب البيوع الفاسدة، خلافاً لما في كتاب الجائحة أي في مسألة القول الأخص.

قال بعض القرويين: ولو أكل أحدهما نصيبه من هذا البلح وترك الآخر نصيبه حتى صار بلحاً كبيراً لم ينتقض القسم؛ لأن بيع صغير بكبيره متفاضلاً جائز سواء كان اقتسامهما على التفاضل أم لا.

ابن يونس: ونقل أبو محمد مسألة: «إذا أكل أحدهما جميع حظّه وبقي الآخر حتى صار بلحاً كبيراً من «المجموعة» عن ابن القاسم، وقال فيها: إذا كانا اقتسماه على غير تفاضل أو كان إذا كبر لا يتفاضل فجائز.

ابن يونس: وهذا النقل فيه نظر فانظر الأصل.

ابن عبد السلام: الذي عندنا في نسخة من «النوادر» على ظاهرها ما يدل على أنها قرئت على الشيخ أبي محمد؛ إذ العطف بالواو لا بـ(أو) في قوله: «على غير تفاضل» أو كان، وهو معنى ما في «المدونة» فتأمل.

فرع:

قال في «المدونة»^(٢): ولا بأس بقسم البلح الصغير بالتحري على أن يجذّه إذا اجتهدا حتى يخرجوا من وجه الخطأ، وإن لم تختلف حاجتهم إليه، وإن اقتسماه وفضل أحدهما صاحبه بأمر يعرف فضله جاز ذلك كما يجوز في البلح الصغير.

وتركنا ما يتعلق بهذه المسألة وغيرها لعدم تعرض المصنف لذلك.

(١) «المدونة» (١٤/٤٧٢).

(٢) «المدونة» (١٤/٤٧٢).

الْمَقْسُومُ لَهُمْ: الشُّرَكَاءُ، وَيُجْبَرُ مِنْ أَبِي الْقِسْمَةِ.

أما أن المقسوم لهم الشركاء فمعلوم بالضرورة، ويجبر على القسمة من أبها من الشركاء إذا لم يكن في القسم ضرر، فإن كان فيه ضرر، فقد بين ذلك بقوله:

وَفِي الْجَبْرِ فِي مَا قِسْمَتِهِ ضَرَرٌ كَالْحَمَّامِ وَالرَّحَى رِوَايَتَانِ

يعني: كالبر والمسرحة والجدار، واحتج مالك للقسمة بعموم قوله تعالى: ﴿مِمَّا قَلَّ مِنْهُ أَوْ كَثُرَ نَصِيبًا مَّفْرُوضًا﴾ [النساء: ٧] وبالرواية الأخرى قال ابن القاسم وجمهور الأصحاب المدنيين والمصريين.

اللَّخْمِيّ: ولو قيل: يمنع قسم الحمام، ولو رضيا كما يمنع قسم اللؤلؤة والياقوتة لكان وجهاً.

وَفِي الْحِصَّةِ الْيَسِيرَةِ لَا تَصْلُحُ لِلسُّكْنَى ثَالِثُهَا: يُجْبَرُ لِصَاحِبِهَا خَاصَّةً

يعني: إذا كان المشترك من دار ونحوها يقبل القسمة إلا أن لبعض الشركاء حصة يسيرة لا ينتفع بها بعد القسم فثلاثة أقوال:

الأول: لمالك وابن كنانة: أنه يقسم.

الثاني: لمالك واختار ابن القاسم أنه لا يقسم، قال في «الجواهر»^(١): والأول أشهر عن مالك.

الثالث: لعيسى بن دينار ومطرف، فإن طلب ذلك صاحب الحصة اليسيرة قضى له وإلا فلا.

وفي «المقدمات»^(٢) رابع بعكس هذا، قال صاحبها: والذي جرى به العمل عندنا أن الدار لا تقسم حتى يصير لكل واحد من المساحة والبيوت مما ينتفع به ويشترى به عن صاحبه، وقيد الخلاف بوجهين:

أولهما: أن تكون الدار للقتية أو من ميراث، وإن كانت للتجارة لم تقسم بالاتفاق؛ لأن فيها نقصاً للثمن، وهو خلاف ما دخلا عليه.

(١) «الجواهر» (٧٨٩/٢).

(٢) «المقدمات» (٩٩/٣).

ثانيهما: إنما هو في قسمة القرعة، وأما قسمة المراضاة والمهاياة فلا يجبر عليها من أباه؛ لأنهما راجعان إلى البيع والإجارة والإنسان لا يجبر عليهما.

فرع :

وإذا اقتسم الشريكان الدار ولم يشترطا أن يقيما بينهما حاجزاً فلا يحكم بذلك عليهما، ويقال لمن دعا إلى ذلك: استر على نفسك إن شئت، وإن اشترط ذلك أخذ من نصيب كل واحد نصف بناء الجدار، وإن كان أحدهما أقل نصيباً من الآخر، قاله في «المقدمات» (١).

وَيُجْبَرُ مَنْ أَبِي الْبَيْعِ فِي مَا لَا يَنْقَسِمُ لِمَنْ طَلَبَهُ إِذَا كَانَتْ حِصَّتُهُ تَنْقُصُ مُفْرَدَةً لِذَفْعِ الضَّرَرِ كَالشُّفْعَةِ...

يعني: أن كل ما لا يحكم فيه بالقسمة من ربع أو حيوان أو عرض إذا طلب أحدهم البيع وأبى غيره أجبر الأبى على البيع إذا كانت حصة من طلب البيع تنقص بالبيع وإنما جبر لدفع الضرر.

وقوله: (كَالشُّفْعَةِ) أي كما أوجبنا الشفعة لدفع الضرر، فكذلك أوجبنا على الأبى البيع إذا لدفع الضرر، وهكذا قال ابن شاس (٢) ونحوه لابن رشد (٣)؛ لأنه قال: إذا كان الربع للغلة لم يجبر من أبى البيع عليه؛ لأن رباغ الغلة لا ينتقص ثمن بعضها إذا بيع مفرداً عن بيعه مع الجملة، ثم رباها زادت رغبته في شراء البعض على الكل بخلاف دور السكنى.

وقوله: «بخلاف دور السكنى» هو كقول المصنف، وما ذكره في دور الغلة يؤخذ من كلام المصنف؛ لأنها لا تنقص.

وأشار عياض إلى أن هذا إنما هو فيما اشترى جملة أو ورث أو اشترى للقنية، وأما المشتري للتجارة فكما قال اللخمي: إنه لا يجبر في ذلك على القسمة ولا على البيع؛ لأنه اشترى مشاعاً، فكذلك يبيع.

والأكثر على ما قال المصنف من مراعاة نقص الثمن.

وذهب ابن لبابة وابن عتاب إلى أن المعتبر إنما هو قصد الاستبداد وغيره من المقاصد دون

(١) «المقدمات» (١٠١/٣).

(٢) «الجواهر» (٧٨٨/٢).

(٣) «المقدمات» (١٠٣/٣).

بعض الثمن .

والمذهب في هذا البيع إذا وقت على ثمن بعد أن نودي على جميعه أنه لمن أراد من الشريكين أخذه بذلك الثمن سواء كان الطالب للبيع أو لا ، وبه القضاء .

وقال أحمد بن نصر الداودي : ليس التمسك إلا لغير طالب البيع ، وحيث حكمنا لمريد البيع بالتمكين منه فهل تخلى الدار والحانوت وغيرهما لذلك أو يكتفى بإلزام الساكن أنه لا يمنع من أراد التقليد من الدخول ؟ قولان .

ابن عبد السلام : وأخبرني بعض قضاة بلدنا أنه لا يحكم بالإخلاء في الحوانيت وشبهها ويحكم في الدور ونحوها .

فَلَوْ ظَهَرَ عَيْبٌ فِي وَجْهِ نَصِيْبِهِ وَلَمْ يَفُتِ الْبَاقِي فَلَهُ رَدُّ الْجَمِيعِ ، فَإِنْ فَاتَ مَا بِيَدِ صَاحِبِهِ بَيْعٍ أَوْ هَذَا أَوْ بِنَاءٍ رَدَّ نِصْفَ قِيَمَتِهِ يَوْمَ قَبْضِهِ وَبَقِيَ الْمَعِيْبُ بَيْنَهُمَا ، فَإِنْ فَاتَ مَا بِيَدِهِ رَدَّ عَلَى صَاحِبِهِ نِصْفَ قِيَمَتِهِ وَكَانَ السَّالِمُ بَيْنَهُمَا ، فَإِنْ كَانَ فِي غَيْرِ وَجْهِهِ رَجَعَ بِنِصْفِ الْمَعِيْبِ مِمَّا فِي يَدَيْهِ ثَمَنًا ، وَبَقِيَ الْمَعِيْبُ بَيْنَهُمَا ، فَإِنْ كَانَ سُبْعٌ مَا بِيَدِهِ أَخَذَ قِيَمَةَ نِصْفِ سُبْعِ مَا بِيَدِ صَاحِبِهِ ...

الطوارئ على القسمة خمسة : العيب ، والاستحقاق ، والدين ، وظهور وارث ، وظهور موصى له ، وتكلم عليها أولاً فأولاً ، ووجه النصيب أكثره عند ابن القاسم ، والنصف عنده القليل ، وقال أشهب : كالكثير .

وقوله : (وَلَمْ يَفُتِ الْبَاقِي فَلَهُ رَدُّ الْجَمِيعِ) أي من معيب وغيره ، وتنقض القسمة ، ويحتمل أن يريد بالباقي جميع نصيبه ونصيب شريكه ، ويكون راجعاً إلى جميع المقسوم ، ويدل عليه قوله : (فَإِنْ فَاتَ مَا بِيَدِ صَاحِبِهِ ... إلى آخره) ومعناه أنه إذا فات ما بيد صاحبه رد من لم يظهر في نصيبه عيب قيمة نصيبه السالم وبقي المعيب بينهما ، وكذلك إن فات النصيبان معاً فيرجع على من أخذ السالم بنصف ما زادت قيمة السالم على قيمة المعيب .

وقوله : (يَوْمَ قَبْضِهِ) نحوه في «المدونة»^(١) ، وهو ظاهر إن كان القبض يوم القسمة وإلا فقد يقال : البيع هنا صحيح فتلزم القسمة ، وقد يقال : لما انتقضت القسمة انتقض البيع ،

وهذا ظاهر الرواية، إلا أنه لا يكون الضمان إلا يوم القبض.

وذكر المصنف من المفوتات البيع والهدم والبناء وأنه يرد نصف القيمة ونحوه في «المدونة»، وأمر بطرح البيع قال: وقد قال قبل هذا: إذا أصابَ عيباً وفات ما أخذ صاحبه ببيع أنهم لا يردون الثمن، وكذلك نقل عنه هنا، وهل يحصل الفوت بحوالة الأسواق؟ وهو مذهب ابن حبيب؛ لكنه استثنى الدور والأرضين.

الشيخ أبو محمد: وفوت المعيب بحوالة الأسواق ليس بقول مالك.

وقوله: (فَإِنْ فَاتَ مَا بِيَدِهِ) أي: ما بيد صاحب المعيب رد على صاحبه وهو الذي بيده السالم نصف قيمته أي المعيب، وكان السالم بينهما.

وقوله: (فَإِنْ كَانَ فِي غَيْرِ وَجْهِهِ) هذا قسيم قوله في صدر المسألة: (فَلَوْ ظَهَرَ عَيْبٌ فِي وَجْهِ نَصِيْبِهِ) ودخل في قوله: (فِي غَيْرِ وَجْهِهِ) الأقل والنصف على قول ابن القاسم، يعني: وإن لم يكن المعيب ظهر في الجمل فإنه يرد المعيب.

قال في «المدونة»^(١): ولم يرجع في ما بيد شريكه وإن لم يفت إذ لم ينتقض القسم، ولكن ينظر فإن كان المعيب قدر سبع ما بيده رجع على صاحبه بقيمة نصف سبع ما أخذ، وهذا هو الذي قصده المصنف.

وقوله: (رَجَعَ بِنِصْفِ الْمَعِيْبِ) فيه حذف مضافين؛ أي: بمثل نصف قيمة المعيب من الصحيح، وهذا هو المشهور.

وقال أشهب في مسألة الأقل: يرجع صاحب العيب شريكاً مع الأخذ السالم بالقدر الذي وجب له الرجوع به، وقال محمد: إذا استحق ما بيده شيء انتقض القسم ولم يفرق بين قليل وكثير.

ابن عبد السلام: وقول محمد: وإن كان موضعه ما يأتي لكن له تعلق بهذا الموضع وفي هذا الفصل ذكره اللخمي.

(١) «تهذيب المدونة» (٣/٣٦٠).

وَأِنْ اسْتَحَقَّ بَعْضُ مُعَيَّنٍ، فَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ: كَالْعَيْبِ، وَقَالَ مَالِكٌ: إِلَّا أَنْ يَكُونَ كَثِيرًا
وَلَمْ يَفْتِ الْبَاقِي فَلَهُ أَنْ يَكُونَ شَرِيكًا لِصَاحِبِهِ، بِقَدْرِ نِصْفِ ذَلِكَ مِمَّا فِي يَدِهِ...

هذا هو الطارئ الثاني، واحترز بالمعين من الشائع، فإنه لا كلام لأحدهما على الآخر لتساويهما.

(فَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ: كَالْعَيْبِ) أي: فإن استحق وجه نصيبه انتقض القسم، وإذا لم ينتقض رجع على شريكه بنصف قيمة ما استحق من يده كما تقدم، وقال مالك كقول ابن القاسم: إلا أن يكون المستحق كثيراً ولم يفت الباقي فلا ينتقض القسم جبراً، ولكن يكون الخيار في ذلك للمستحق من يده في تمسكه بما بقي بيده ويرجع بمثل نصف المعيب من السالم كاليسير.

وقال محمد: إذا استحق مما في يد أحدهما شيء انتقض القسم ولم يفرق بين قليل ولا غيره، وظاهر ما حكاه اللخمي عن أشهب أنه لا ينتقض القسم باستحقاق معين قليلاً كان أو كثيراً، وبذلك صرح غيره عن أشهب، فيتحصل في المسألة أربعة أقوال.

وقد نسب فضل لابن القاسم مثل قول أشهب، هذا لأنه اختلف قول ابن القاسم في «المدونة»، فقال مرة: إن كان المستحق كثيراً انتقضت القسمة كلها، وقال مرة: يرجع بنصف قيمته ذلك فيشاركه به صاحبه.

قال أيضاً: واختلف قوله في اليسير، فقال مرة وهو الأكثر من قوله له: إنه يرجع بقيمة ما يقابله من الذي في يد صاحبه، وقال مرة: يرجع بقدره شريكاً.

وقال غيره: والمشهور من قول ابن القاسم أن المستحق إذا كان كثيراً انتقضت القسمة، وإن كان يسيراً رجع بقيمته.

واعلم أنه وقع في «المدونة» في مسائل العيب والاستحقاق ألفاظ مشككة وأجوبة مختلفة لذلك اضطربت آراء الشيوخ في فهمها، والذي حققه بعضهم أن المعلوم من مذهب ابن القاسم أن الثلث كثير يرد به في القيم، وأن القسمة تشاركه في عدم الرد باليسير، كالربع فما دونه، وأن المستحق إن كان النصف والثلث فيكون بحصة ذلك شريكاً فيما بيد صاحبه ولا ينتقض القسم، وإن كان فوق النصف انتقض القسم.

ابن يونس: وهذا التحصيل حسن، ليس في الباب ما يخالفه إلا في مسألة الدار يأخذ

أحدهما ربعها والآخر ثلاثة أرباعها، فيستحق نصف نصيب أحدهما، قال: يرجع برقع قيمة ذلك مما بيد صاحبه، ولو قال: ربع ما بيد صاحبه لاستوت المسائل وحسن التأويل، ولم يكن في الكتاب تناقض.

وقد رويت هذه المسألة على الوجه الذي تستوى به هذه المسائل.

وَلَوْ طَرَأَ دَيْنٌ وَامْتَنَعُوا أَوْ أَحَدُهُمْ مِنْ وِفَائِهِ فَسَخَتْ

هذا هو الطارئ الثالث، و(فُسِخَتْ) القسمة إذا امتنعوا من الوفاء؛ لأن الدين مقدم على الميراث، وإذا رضوا بالوفاء لم يفسخ؛ لأن صاحب الدين إنما له الحق في دينه لا في فسخ القسمة، وهذا متفق عليه إن جهلت الورثة الدين.

واختلف إن علموا، فلمالك في «الموازية»: القسمة منتقضة سواء رضوا بقضاء الدين أم لا، واحتج بقوله سبحانه وتعالى: ﴿مَنْ بَعْدَ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ﴾ [النساء: ١١]، ورأى أن القسمة تعلق بها حق الله تعالى، وقيل: القسمة جائزة إن رضي الجميع بقضاء الدين وإن اختلفوا فأراد بعضهم نقضها وأبى ذلك بعضهم نقضت وهو ظاهر المذهب.

وقد يفهم كلام المصنف على ما في «الموازية» لقوله: طرأ فإن مفهومه الفسخ إذا علموا.

وَمَا تَلَفَ بِسَمَاوِي فَهَدَّرُ

أي: وما تلف بيد الورثة بسماوي فلا شيء عليهم؛ لأن غاية صاحب الدين أن يكون كالمستحق ولا شيء على المستحق منه فيما تلف بسماوي.

وَيَمْضِي بَيْنَهُمْ بِغَيْرِ مُحَابَاةٍ، وَيُوفَى دَيْنُهُ مِمَّا وَجَدَ وَيَتَرَاجِعُونَ

يعني: ولا مقام لرب الدين في نقض البيع.

فإن قيل: هلا جعلتم له نقض البيع كالأستحقاق؟

قيل: ليس هو مستحق حقيقة؛ لأن المستحق يتعلق حقه بعين الشيء المستحق، وحق الغريم إنما يتعلق بالتركة من حيث هي، ألا ترى أنه لو تطوع أحد بالدين لما كان لصاحبه مقال.

قوله: (بِغَيْرِ مُحَابَاةٍ) ابن راشد: لأن المحاباة هبة، واختلف هل يلزمهم وفاء الدين إذا أحدثوا هبة أو صدقة أو عتقاً، فقال ابن القاسم: يضمنون الدين بالبيع والهبة والعتق ولا

يرجعون على الموهوب له بشيء، وقال أشهب وسحنون: لا يضمنون ويرجع صاحب الدين على الموهوب له بشيء.

قال في «المقدمات»^(١): وفي «المدونة»^(٢) ما يدل على القولين ولا خلاف أن الورثة يضمنون ما أكلوه واستهلكوه عمداً ويلزمهم أن يؤدوا ذلك، واختلف في استهلاكهم خطأ. قوله: (ويؤفَى دينه) أي: إذا قلنا: هلك بامضاء البيع فباع أحدهم فإن الغريم يأخذ جميع حصته من الموجود ثم يتراجعون فيرجع من أدى على من لم يؤد.

فروع :

فإن ادعى أحد الورثة تلف ما أخذه من العين والطعام والإدام ولم يقم بيته لم يصدق، واختلف إذا قامت لهم بيته على الضياع، فقال ابن القاسم: لا شيء عليهم، وقال أشهب: يضمنون، وهو أصله في العواري.

وحكى في «البيان»^(٣) قولاً ثالثاً ببراءته في العين دون الطعام والإدام، وقال: ولا خلاف في العروض التي يغاب عليها أنه ضامن إلا أن تقوم البيته على تلفها، ولا في الحيوان الذي لا يغاب عليه أن يصدق في تلفه.

وَقَالَ سَحْنُونُ: لَا يُفْسَخُ وَيُبَاعُ مِمَّا بَقِيَ بِيَدِ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُ أَوْ مِنْ عَوَاضِهِ بِنِسْبَةِ مَا يَنْوِبُهُ إِلَى قِيَمَتِهِ يَوْمَ الْبَيْعِ لِلدَّيْنِ، أَوْ يَقْدِيهِ بِمَا يَنْوِبُهُ، وَمَنْ تَعَدَّرَ أَخَذَ مِنْ غَيْرِهِ إِلَى مُتَنَهَى مَا بِيَدِهِ وَيَتَرَجَعُونَ...

هذا القول راجع إلى قوله أولاً: (فُسِخَتْ) يعني: وخالف سحنون في فسخ القسمة ورأى أن رب الدين لا قول له في نقض القسمة، وإنما حقه في أخذ دينه.

سحنون: ويكون على جميع الورثة لا على قدر موارثهم فيضر بهم؛ إذ قد يكون أحدهم غبن في القسم أو تغير سوق ما بيده فيؤدي أكثر مما ينوبه، ولكن يقوم ما بيد كل واحد يوم البيع ويقسم عليه الدين، فما وضع على كل واحد بيع مما بيده بقدره ولكل واحد أن يفك ما يباع بأداء ما ينوبه.

(١) «المقدمات» (١٠٦/٣).

(٢) «المدونة» (٤٧٦/١٤).

(٣) «البيان والتحصيل» (١٣٦/١٢).

وإذا كان في البيع من نصيب كل واحد ضرر على طالب الدين لظوله أو كان بيع ما بأيديهم أحط ثمننا فليبع ما هو أنجز له مما بيد أحدهم ثم يتراجعون بما كان ينوبهم من الدين يوم قضاؤه.

وقول المصنف: (أَوْ مِنْ عَوْضِهِ) يعني: لو باع أحد الورثة ما نابه بشقص في دار أو غيره، فإنه يباع من ذلك العوض.

وقوله: (بِنِسْبَةٍ): متعلق فيباع.

وقوله: ومن تعذر إلى آخره: هو كقول سحنون، وإذا كان في البيع من نصيب كل واحد ضرر لكن في كلام المصنف مناقشة؛ لأن كلام سحنون يدل على أنه أن يتنقل بمجرد الضرر، وكلام المصنف يدل على أنه إنما يتنقل عند التعذر.

وقول المصنف إلى منتهى ما بيده، أي فلو زاد الدين على ما في يده لم يرجع عليه بالزائد.

خليل: وينبغي أن يقيد هذا بما إذا لم يكن الورثة عاملين بالدين، وأما إن علموا فينبغي أن يرجع عليهم بالأقل من مجموع التركة أو الدين، ووافق أشهب سحنون في عدم نقض القسمة إلا أنه خالفه في كيفية قضاء الدين على ما في أيديهم، ورأى أنه يقضي على النسبة التي اقتسموا عليها، زادت أو نقصت، فإن كان الدين نصف التركة رجع على كل واحد بنصف ما بيده.

سحنون: إنما راعى في قوله المتقدم القيمة، ألا ترى إلى قوله: إذ قد يكون أحدهم غبن في القسم إلى آخره، وهكذا حكى ابن رشد^(١) وعياض وغيرهما قول سحنون وأشهب، وحكى عنهما اللخمي مثل ما حكيناه عن أشهب، وصرح في «البيان»^(٢) أن لأشهب قولين، وحصل في «البيان» خمسة أقوال:

الأول: القسمة تنتقض لحق الله تعالى، وإن لم يشأ الورثة نقضها.

الثاني: أن القسمة ترد إلا أن يتفق جميعهم على إمضائها، وهو المشهور من قول ابن القاسم المنصوص له في «المدونة».

(١) «البيان والتحصيل» (١٣٤/١٢).

(٢) «البيان والتحصيل» (١٣٤/١٢).

الثالث: أن القسمة تنتقض أيضاً، ويكون ما هلك أو نقص وثما بينهم إلا أن يخرج أحد الورثة من ماله ما يتوبه من الدين.

قال: وهو قول ابن حبيب، ومثال ذلك إن هلك المتوفى وله أربعة بنين، وله ثمان بقرات قيمة كل بقرة عشرة مثاقيل فيقتسمونها، فأخذ كل واحد بقرتين فتموت بيد واحد بقرة ثم يطرأ غريم بعشرة مثاقيل، فإن الواجب على قوله أن تنتقض القسمة، ويخرج الدين من السبع بقرات الباقية ثم يقتسم الستة الباقية على الأربعة بالسوية، ولمن شاء منهم أن يخرج من ماله ما يتوبه من الدين وذلك ديناران ونصف ويجعل ما يتوبه من البقرة التي ماتت وذلك ديناران ونصف أيضاً.

والقول الرابع والخامس: هما قولاً سحنون وأشهب.

وقال اللّخمي: اختلف إذا كان الدين يفترق وبعض الحاضر والقسم بالقرعة، أي وقد هلك ما أخذه بسماوي، فقيل: لا يرجع من استحق ذلك من يده ولا يرجع عليه، وقيل: يرجع عليه ولا يرجع، وقيل: يرجع ولا يرجع عليه، وبنى الأول على أن القسمة تميز حق، قال: وهو الأقيس، والثالث على أنها بيع.

وَلَوْ طَرَأَ وَأَرِثُ - وَالْمَقْسُومُ كَدَارٍ - فَلَهُ الْفَسْخُ، وَإِنْ كَانَ الْمَقْسُومُ عَيْنًا رَجَعَ عَلَيْهِمْ، وَمَنْ أَعْسَرَ فَعَلَيْهِ إِذَا لَمْ يَعْلَمُوا بِهِ، وَقَالَ أَشْهَبُ: مَنْ أَعْسَرَ فَعَلَى الْجَمِيعِ..

(فَلَهُ الْفَسْخُ) أي: وله أن يكون شريكاً مع كل واحد بما يتوبه وكان له الفسخ؛ لأن الطارئ كغيره، فلو لم يكن له الفسخ لزم أن تميز حقوقهم قبله، وذلك باطل.

وإن كان المقسوم عيناً رجع كل على واحد بما يخصه، فإن أعسر بعضهم فلا يؤخذ الملي عنه إذا لم يعلم الملي، قاله ابن القاسم، ورأى أن القسمة صحيحة؛ لأنهم لم يتعدوا فلا يرجع على الملي إلا بما كان يرجع عليه به لو كانوا كلهم أملياء، وقاله أصبغ.

وقال أشهب وابن عبد الحكم: إن الطارئ يقاسم من وجد من الورثة ملياً ما صار له حتى كأنه لم يترك الميت غيرهما، ثم يتبعان بقية الورثة، فمن أيسر دخلوا معه وساروه، هكذا حتى يعتدلوا.

وهذا مراد المصنف بقوله عن أشهب: (وَمَنْ أَعْسَرَ فَعَلَى الْجَمِيعِ).

ابن المواز: وإن ترك على هذا ابناً وامراً، فأخذت المرأة الثمن والابن ما بقي، ثم طرأت

زوجة أخرى، فوجدت صاحبته عديمة، والابن ملياً فلترجع على الابن بثلاث خمس ما صار إليه، وهو جزء من خمسة عشر ما في يده؛ لأنه له أربعة عشر من ستة عشر، ولكل واحدة من الزوجين قسم يرجعان على الزوجة بنصف ما أخذت، وكل ما وجد عنها من ذلك اقتسماه على خمسة عشر حتى يستوفياه.

لَوْ ظَهَرَ مُوصَى لَهُ فَإِنْ كَانَ بِنَصِيبٍ فَكَالْوَارِثِ وَبِدَنَانِيرٍ وَشِبْهَهَا فَكَالَّذِينَ مُطْلَقًا

أي: كانت بنصيب أو عيناً، تصور ظاهر، والأول هو المشهور.

والثاني في «الموازية» وهو قول [أشهب و] (١) ابن حبيب.

كتاب القراض

القراضُ إجارةٌ على التَّجْرِ في المَالِ بِجُزْءٍ مِنْ رِبْحِهِ

لا خلاف بين المسلمين في جوازه، وهو مستثنى من الإجارة المجهولة ومن سلف جر منفعة، وله اسمان: القراض، والمضاربة، وكان جماعة من أهل الحجاز يسمونه قراضاً، وأهل العراق يسمونه مضاربة، ولا يقولون القراض ألبتة، وحده المصنف بقوله: إجارة على التجر، فالإجارة جنس، فأخرج بالتجر الإجارة على غيره.

وقوله: (بِجُزْءٍ) أي: مشاع، فلا يجوز أن يقول: لك من الربح درهم أو نحوه كما سيأتي، وأورد على حده أنه غير مانع وغير جامع، أما عدم منعه، فلأن القراض لا ينعقد بلفظة الإجارة فلو قال: آجرتك على التجر في هذا المال بجزء من ربحه صدق الحد عليه وليس بقراض.

وأيضاً فلو آجره على التجر إلى أجل أو قارضه بعروض لم يكن قراضاً صحيحاً، وأما عدم جمعه؛ فلأنه يجوز القراض كما سيقول المصنف على أن يكون الربح كله لغيرهما أو لأحدهما، وهو غير داخل في تعريفه.

وأجيب عن عدم منعه بأن حقيقة القراض ما ذكره، وكونه لا ينعقد بلفظ الإجارة شرطاً في الصيغة، وكذلك كونه لا يكون إلى أجل شرطاً في العمل، وكذلك لا يكون بعرض شرطاً في المال، والشرط لا يتوقف تصور الماهية عليه، لأنه خارج عنها وعن عدم جمعه، لأن الصورة المعترض بها إنما هي من باب التبرعات ويطلق عليها القراض مجازاً، ثم شرع المصنف في أركانه فقال:

المَالُ شَرْطُهُ نَقْدٌ مُعَيَّنٌ مَعْلُومٌ مُسَلَّمٌ

اشترط في المال أربعة شروط وانظر هل أراد بالنقد الدنانير والدراهم أو مطلق العين، وهو الأقرب.

وفي «الجواهر»^(١): احتزنا بالنقد عن العرض وعن النقرة التي ليست مضروبة على إحدى الروایتين، ثم أخذ يتكلم على هذه الشروط فقال:

(١) «الجواهر» (٢/٧٩١).

فَلَوْ كَانَ غَيْرَ مَسْكُوكٍ يُتَعَامَلُ بِهِ جَازٌ .

لا يشترط التعامل بذلك في سائر البلاد بل في بلد المقارضة، قاله عياض .

وقوله: جاز: اللَّخْمِيُّ وصاحب «البيان»^(١) باتفاق، واستدل مالك لذلك في «الموازية»

بأن الناس قد عملوا بالقراض قبل ضرب الدينارين والدرهم .

واحترز بقوله: (يُتَعَامَلُ بِهِ) مما لو لم يتعامل به، وسيأتي قول اللَّخْمِيِّ وغيره، وتجوز

المقارضة بالحلي في الأرض التي يتعاملون به فيها؛ كأرض المصامدة بالمغرب .

وَيَجُوزُ بِالْمَغْشُوشِ عَلَى الْأَصْحِّ .

مقابل الأصح لعبد الوهاب^(٢)، واستثنى الباجي^(٣) المسكوك منها في بلد يتعاملون بها؛

لأنها صارت هناك أصول الأثمان وقيم المتلفات، قال: وقد اتفق الأصحاب على تعلق

الزكاة بها، وذلك دليل على أنها كالعين لا كالعرض، وهذا هو الذي صححه المصنف .

وَفِي التَّبْرِ وَالنَّقَارِ رَوَاتَانِ وَرَجَعَ عَنْهُ .

وقد تقدم أن غير المسكوك إذا كان يتعامل به تجوز المقارضة عليه، فإن هذا الخلاف إنما

هو إذا كان لا يتعامل به، والروايتان بالجواز والمنع .

(وَرَجَعَ) مالك عن الجواز إلى المنع، وحكى ابن الجلاب^(٤) في الحلي روايتان، قال

في «البيان»^(٥): والمعروف المنع، وخصص اللَّخْمِيُّ لما إذا كان يتعذر الإتيان بمثل الحلي

المقارض به، وإن كان يتعذر ذلك فهو مكروه .

وفي «المدونة»^(٦): قال بعض أصحابنا: إن مالكا سهل في القراض بنقار الذهب

والفضة، فسألت مالكا عن ذلك، فقال: لا يجوز .

وفي «الرسالة»^(٧): وقد أخص فيه بنقار الذهب والفضة، وأخذ بالرجوع عنه، وزاد

(١) «البيان والتحصيل» (٦/٤٨٩) .

(٢) «المعونة» (٢/١٢٣) .

(٣) «المنتقى» (٧/٧١) .

(٤) «التفريع» (٢/١٩٣) .

(٥) «البيان والتحصيل» (٦/٤٩٠) .

(٦) «المدونة» (١٢/٨٧) .

(٧) «الرسالة» (ص / ١١٠) .

اللَّخْمِيَّ وغيره ثالثاً بالكراهة، على أني لم أقف على القول بالمنع إلا في النقار، لكنَّ الظاهر لا فرق بينه وبين التبر.

فروع :

فإن وقع على المشهور ففي «الموازية» عن ابن القاسم: يمضي بالعمل، وقال أصبغ: لا ينفسخ عمل به أم لا لقوة الاختلاف فيه.

ابن حبيب: وإذا عمل بالنقار رد مثلها عند المفاصلة، إن عرف وزنها، وإن لم يعرف فرأس مال ما باعها به، وما خرج في الصرف عرفاً وزنها أو لم يعرفها، وإن وزنا وشرط ضربها أو صرفها ففعل، فللعامل أجرته في الصرف والضرب إن كان لذلك مؤنة، ثم هو فيما حصل على قراض مثله.

بعض القرويين: فالفرق بين اشتراط دافعها ضربها أو بيعها وبين عمله أن مآل أمرهما إلى ذلك إلا أن يريد أن من اشترط بيعها إنما رأى أن القراض إنما يكون بعد نضوض المال، ومن دفعها ولم يشترط ذلك جعلها قراضاً يوم دفعت، ومثلها لا يتغير ولا يختلف لسواها ولا يفسد القراض.

وفي الفلوس قولان

المنع لابن القاسم والجواز لأشهب.

موسى القطان: وسألني ابن سحنون عن القراض بالفلوس فذكرت له قول ابن القاسم وأشهب، فقال لي: بقي عليك، فقلت: ما هو؟ فأبى أن يخبرني، فوجدتها بعد ذلك لبعض أصحابنا: إن كانت الفلوس قليلة جاز بها القراض، وإن كانت كثيرة لم يجز، لأن قليلها كالعين، وكثيرها كالعروض، وحكى اللَّخْمِيَّ رابعاً بالكراهة.

المازري: ولم يقع في «المدونة» لفظ الكراهة، ولكن إن وقع ونزل مضى، فإن كان اللَّخْمِيَّ أخذ القول بالكراهة من هذا فهو أخذ صحيح.

الباجي^(١): وإذا قلنا بالمنع فوقع؛ فقال محمد: القراض بالنقار أخف، والفلوس كالعروض وهذا يقتضى الفساد، ويكون له في بيع الفلوس أجرة المثل، وفيما نض من ثمنها قراض المثل.

(١) «المنتقى» (٧٢/٧).

وقال أصبغ: وهي كالنقار، وقال ابن حبيب: هي مثله، وترد فلوساً.

زاد غيره في قول ابن حبيب: إلا أن يشترط عليه أن يصرفها ثم يعمل بئمنها، فيكون الحكم كما فهمه الباجي من قول محمد.

فَلَوْ عَمِلَ بِالْعُرُوضِ فَلَهُ أَجْرٌ مِثْلُهُ فِي بَيْعِهِ وَقَرَأْضٍ مِثْلُهُ

لا إشكال في منع المقارضة بالعروض، وفرع على المنع، وإن لم يتقدم ذلك بالتصريح؛ لأنه قدم ما يدل عليه، وهو اشتراط النقد.

ولا خلاف عندنا، وهو مذهب الجمهور في منع القراض بالعروض سواء كان مقوماً أو مثلياً؛ لأن القراض رخصة انعقد الإجماع على جوازه بالدنانير والدراهم فيبقى ما عداه على أصل المنع، وأيضاً فإن قارضه بالعرض على أن يبيعه ويكون رأس المال ثمنه فقد زاد رب المال عليه منفعة وهي بيعه العرض وإن قارضه به على أن رأس المال ذلك العرض ويرده عند المفاصلة فهو غرر لاحتقال أن يغلو العرض عند المفاصلة غلاء يستغرق الربح فيؤدي إلى بطلان عمله، أو يرخص فيأخذ العامل بعض رأس المال، وكذلك إن قارضه على أن رأس المال قيمته الآن أو عند المفاصلة.

وقيد اللَّحْمِيَّ المنع بما إذا كان في بيع العرض كلفة، وكذلك أجرة لها خطب، قال: وإن كانت الأجرة لا خطب لها أو يعلم أنه كان يتكلف ذلك له ولو لم يعطه إياه قراضاً أو يقول له: كحلف من يبيع ويأتيك بالثمن فيكون قراضاً جاز.

المازري: وذكروا أنهم وجدوا وثيقة بخط الشيخ أبي محمد بن أبي زيد أنه إذا دفع لرجل عرضاً وقال له: بعه ولك دينار، فإذا قبضت ثمنه فاجعله قراضاً.

وما في هذه الوثيقة من التخييل على جواز القراض بالعرض على الوجه الذي ذكر، وتأول بعضهم عليه أن يكون بنى على أحد القولين في اجتماع جعل وإجارة الإجارة في البيع والجعل في القراض، وفيه نظر؛ لأن الجعل لا يجوز في الكثير بل في القليل فيلزمه أن يقيد في الوثيقة هذا الوجه لو قصد بالقليل، ولو كان قصده أيضاً الإجارة لضرب لها أجلاً.

المازري: ولو دفع رجل عدد كتان أو رزمة متاع، وقال: خذ هذا العرض وامض به إلى البلد الفلاني فادفعه إلى فلان يبيعه ويقبض ثمنه لنفسه، فإذا قبض ثمنه فخذ منه واعمل به

قراضاً بينى وبينك، فإن ذلك جائز بلا خلاف ولا يدخله القراض بالعروض؛ لأن المدفوع إليه العروض لا يتولى البيع بنفسه، فقوله: (فَلَهُ أَجْرٌ مِثْلُهُ فِي بَيْعِهِ وَقِرَاضٍ مِثْلُهُ) هو مذهب «المدونة».

ابن المواز: ولا فرق في ذلك بين أن يقول: خذ هذه العروض قراضاً أو بعضها واعمل بثمانها قراضاً، ولا شك أن هذه الصورة من القراض الفاسد وسيأتي الخلاف في ذلك.

وَكَذَلِكَ لَوْ وَكَلَهُ عَلَى دَيْنٍ وَقَارَضَهُ بِهِ، وَكَذَلِكَ لَوْ وَكَلَهُ عَلَى صَرْفِهِ

أي: ومثل العرض في عدم الجواز ابتداء وأنه إن وقع كان له أجر المثل ثم قراض المثل ما إذا وكله باقتضاء دين وقارضه به، وقيد اللّخمي بما إذا كان على غائب يحتاج إلى المضي إليه أو على حاضر معسر، وإذا كان على حاضر موسر فليس إلا اجتماع العامل به فيقبضه فهذا جائز؛ إذ لا فرق حيثنذ بين قبضه منه أو من ربه وكذلك لو وكله على صرفه، فله أجر الصرف ثم قراض المثل وهكذا في «المدونة»^(١)، وقيد ذلك فضل بما إذا كان الصرف في البلد له بال؛ وأجاز ذلك أشهب.

اللّخمي: يريد إذا كانت أجرة البيع لا خطب لها، وإن كان لها قدر لم يجز إلا أن يكون المقارض لا يتولى بيعها وإنما يجلس عند من يتولى له ذلك فيجوز، وكذلك نقل فضل عن مالك من رواية أشهب أنه يرد إلى قراض مثله ويعطى أجرة صرفه إلا أن يكون لا بال للصرف فيمضي، أما إن أعطاه الذهب ليصرفه ورأس المال الدنانير، وإنما يشترط عليه الصرف؛ لأن ذلك من جنس النظر، فإن ذلك جائز وإن كان على رأس المال هو الدراهم فمنعه ابن القاسم وأجازه أشهب، وتأوله اللّخمي على أن أجرة البيع لها الشيء اليسير، قال: وإن كان له قدر لم يجز إلا أن يكون المقارض لا يتولى بيعها، وإنما يجلس عند من يتولى بيعها فيجوز.

وَلَا يَجُوزُ بِدَيْنٍ وَلَوْ أَحْضَرَهُ مَا لَمْ يَقْبِضْهُ وَيَسْتَمِرُّ دَيْناً خِلافاً لِأَشْهَبَ

لما فرغ مما يتعلق بالقيد الأول شرع فيما يتعلق بالقيد الثاني، وهو قوله معين؛ لأن الدين ليس بمعين فلا يجوز لرب الدين أن يقول للمديان منه: اعمل بالدين الذي في ذمتك قراضاً.

مالك في « المدونة »^(١) : ولو أحضره إلا أن يقبضه منه ويعيده عليه ، ابن القاسم : مخافة أن يكون آخره بذلك ليزيد فيه .

اللَّخْمِيّ : لأنهما يظهران ويظنان أن يأتيه بربح من ذمته فيكون فسخ دين في دين .
اللَّخْمِيّ والمازري : وينتزل منزلة القبض إحضاره مع الإشهاد .

واختلف إذا عمل العامل قبل أن يشهد على براءة ذمته فأتي بربح أو كان فيه خسارة ففي « الموازية » : الربح للعامل والخسارة عليه .

وقال أشهب : الربح بينهما ، هكذا نقل اللَّخْمِيّ والتونسي عن أشهب ، ثم اختلفا في التأويل عليه ، قال اللَّخْمِيّ : على قوله تكون الخسارة من صاحب المال .

وقال التونسي : لا يصدق على قوله إن ادعى الخسران ؛ لأن ذمته لا تبرأ إلا ببينة .

ولعل هذين التأويلين مبنيان على الخلاف فيمن أخرج من ذمته إلى أمانته ، وحكى ابن يونس وابن راشد وغيرهما عن أشهب أنه قال : هو مكروه نعم ؛ فإن نزل مضى ، وهو ظاهر ما نقله المصنف عنه لأن قوله : (وَيَسْتَمِرُّ دَيْناً) خلافاً لأشهب يقتضي أنه عنده لا يستمر ديناً بل يبقى قراضاً ، وحكى ابن عبد البر^(٢) عن أشهب أن ما اشترى وباع فلرب المال وللعامل أجره مثله ، وحكى ابن حارث عن ابن عبد الحكم أن الربح بينهما والخسارة على رب المال على أصل القراض ، وهذا مثل قول أشهب بالكراهة .

وقال القاضي عبد الوهاب^(٣) في الغاصب يرد المال فيقول ربه : لا أقبضه ولكن اعمل به قراضاً ، إنه جائز .

الباجي^(٤) : ويحتمل ألا يكون هذا خلافاً لقول ابن القاسم ويفرق بينهما ، لأن الغاصب أحضر المال متبرعاً بالدين ولعله اتفق معه على إحضاره ليرده أيضاً قراضاً ، ولو جاء متبرعاً لكان مثل الغاصب .

ابن زرقون : والأقرب أن قوله خلافاً لقول ابن القاسم .

(١) « المدونة » (٣٢٤/١٤) .

(٢) « الكافي » (ص / ٤٢٧) .

(٣) « المعونة » (١٢٣/٢) .

(٤) « المنتقى » (٧٧/٧) .

قوله : (مَا لَمْ يَقْبِضْهُ) يقتضي أن مجرد القبض يصح القراض حينئذ ، وكذلك مقتضى « المدونة » .

أبو الحسن : جعل التهمة هنا تزول بالقبض وإن أعاده إليه بالقرب أو نص في الصرف على أن من قضى لرجل ديناً له ، فإنه لا يعيده سلباً في طعام بقرب ذلك ، ونص فيه أيضاً على أن من أسلم إلى رجل دراهم ثم قضاه ديناً عليه بحدثان ذلك ، إن ذلك لا يجوز ، وفي السلم الأول مثل ما ذكر في القراض ؛ لأنه قال فيمن له على رجل دين ، فقال : أسلمه في طعام لم يجز حتى يقبضه منه ثم يرده .

والفرق في القراض والسلم وبين مسألتي الصرف أنه في مسألتي الصرف دفعه من ذمة إلى ذمة ، وفي القراض والسلم دفعه من ذمة إلى أمانة . انتهى .

ولما ذكر في « البيان » (١) هذه المسألة وأن التهمة ترتفع بمجرد القبض قال : ويتخرج فيها قول آخر : إنه لا يعيده إليه في المجلس ولا فيما قرب منه كالיום واليومين والثلاثة كما قال في مسألة الصرف .

وَلَا فِي الرَّهْنِ بِيَدِهِ أَوْ بِيَدِ أَمِينٍ

لأن الرهن إذا كان بيده هو كالدين أو الوديعة ، وإن كان بيد أمين فكأنه اشترط عليه زيادة التقاضي .

قال في « الموازية » : ولا يجوز أن يقارض له الأمين ؛ لأنه وديعة عنده ولا خفاء أن قوله : ولا في الرهن بيده أو بيد أمين مقيد بما إذا لم يقبضه صاحبه ، وحذف المصنف ذلك دلالة لما قبله وقد صرح صاحب « النوادر » بهذا التقييد .

وَلَا بِالْوَدِيعَةِ ، وَقِيلَ : يَمْضِي بِالْوَدِيعَةِ

في الوديعة أقوال :

الأول : مذهب « المدونة » أن الوديعة كالدين ، فلا يجوز القراض بها إلا بإحضارها وقبضها .

ابن القاسم : لأنني أخاف أن يكون أنفقها فصارت عليه ديناً .

(١) « البيان والتحصيل » (٧/٣٢) .

الثاني : أنه يكره ابتداء فإن وقع مضى وإن لم يحضره والربح بينهما ويصدق في التلف وهو للمالك في « العتبية »^(١) وهذا القول هو القول الثاني .

والثالث : لابن القاسم في « الموازية » : إن أحضرها جاز ، وفرق ابن حبيب فكره ذلك من غير الثقة لا الثقة .

وَلَا يَجُوزُ بِمَجْهُولِ الْوِزْنِ

هذا راجع إلى القيد الثالث ، وهو قوله : (مَعْلُومٌ) ولا خفاء في عدم الجواز بالمجهول كدفعه صرة دراهم مجهولة الوزن ؛ لأن الجهل برأس المال يؤدي إلى الجهل بالربح .

وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَشْتَرِطَ يَدَهُ أَوْ مُرَاجَعَتَهُ أَوْ أَمِينًا عَلَيْهِ

هذا راجع إلى القيد الرابع ، وهو قوله : (مُسَلَّمٌ) أي : لا يجوز لرب المال أن يشترط على العامل أن يراجعه أو يجعل عليه أميناً ؛ لأن في ذلك عدم الائتمان ، مخالفة للسنة في القراض ، والتحجير عليه في التجارة ، والضمير في يده عائد على رب المال فيوافق ما بعده والعلة في ذلك كما في اشتراط مراجعته أو اشتراطه أميناً عليه .

فإن قيل : هل يمكن إعادة الضمير على العامل ؟

قيل : فيه بُعد ؛ لأن المصنف سيتكلم على اشتراط عمل العامل .

قال في « المدونة »^(٢) : وإن عمل رب المال من غير شرط كرهته إلا في العمل اليسير .

وقال في « الموطأ » : لا بأس أن يعين كل واحد من المتقارضين صاحبه على وجه

المعروف إذا صح ذلك بينهما .

وَفِي اشْتِرَاطِ غُلَامِهِ مَعَهُ بِنَصِيبِ قَوْلَانِ

أي : القول بالجواز للمالك في « الموطأ »^(٣) وابن القاسم وابن وهب وغيرهم ، وهو

المعروف من المذهب ، والمنع للمالك في « الموازية » قديماً ، وللجواز شرطان :

الأول : أن يكون الربح للعبد لا للسيد .

الثاني : ألا يقصد السيد بذلك أن يكون العبد عيناً له على العامل وليعلمه .

(١) « البيان والتحصيل » (٣٢/٧) .

(٢) « المدونة » (١١١/١٢) .

(٣) « الموطأ » (٧٥٨/٢) .

الْعَمَلُ تِجَارَةٌ غَيْرُ مُضَيِّقَةٍ بِالتَّعْيِينِ أَوْ بِالتَّاقِيتِ

هذا هو الركن الثاني ، وشرط فيه شرطين :

الأول : أن يكون تجارة ، وهي طلب الربح بالبيع والشراء احترازاً من أن يعطيه ما لا يصنع فيه صنعة ، فإن ذلك خارج عن سنة القراض كما سيقول المصنف .

والشرط الثاني : أن تكون التجارة غير مضيقية بالتعيين أو بالتأقيت احترازاً من أن يأمره بشراء سلع يقل وجودها أو من بلد خاص ونحوه ، ومما لو وقت عليه التجر للغرر حينئذ وخروجه عن سنة القراض .

فَلَا يَجُوزُ عَلَى أَنْ يَخِيطَ أَوْ يَخْرُزَ أَوْ يُشَارِكَ أَوْ يَخْلِطَ أَوْ يَبْضِعَ أَوْ يَزْرَعَ أَوْ لَا يَشْتَرِي حَتَّى يَبْلُغَ بَلَدَ كَذَا ، وَقَالَ : يَقُودُهُ كَمَا يَقَادُ الْبَعِيرُ ...

عطفه بالفاء ليرتبه على ما قبله ، أي فبسبب اشتراطنا في العمل أن يكون تجراً لا يجوز على نحو أن يخطط أو نحو ذلك ، كما إذا قيل : أنت تعرف الخياطة أو الخرز ، ولا مال لك فخذ هذا المال واشتر به ثياباً أو جلوداً والربح بيننا .

وعلة منع ذلك واضحة وهي أن رب المال ازداد عمل العامل ، ولكن ذلك خارج عن سنة القراض ومؤد إلى الإجارة المجهولة .

فروع :

فإن وقع ففي « المدونة »^(١) : يكون أجيراً والربح لرب المال والوضيعة عليه .

وفي « الموازية » : هما على قراضهما ، وقال ابن وهب وضعف ؛ لأن فيه إجارة صنعة بجزء من الربح وهو مجهول ، وقال أشهب : له أجر مثله فيما عمل ، وفيما سوى ذلك قراض مثله .

وقال ابن نافع : فيما سوى عمل يده الأقل من المسمى أو قراض المثل كان متمماً لما في « المدونة » ، ويكون أحق بما عمل من الغرماء حتى يأخذ إجارته يريد إجارته فيما عمل لا في القراض ، قاله الشيخ أبو محمد .

قوله : (أَوْ يُشَارِكُ أَوْ يَخْلِطُ أَوْ يَبْضِعُ أَوْ يَزْرَعُ) هذه الأمثلة الأربعة بيان لما احترز عنه

(١) « المدونة » (١٢/١١١) .

بقوله : (عَبْرُ مُضَيِّقَةٍ) أي لا يجوز أن يشترط رب المال على العامل أن يشارك غيره ولا أن يخلطه العامل بمال من عنده .

وهذا هو المشهور في « الموازية » لا بأس به في الخلط .

وقال أصبغ : لا يعجبني هذا إلا أن يقل مال العامل ؛ كالخمسة دنانير أو العشرة مما لا يعني به كثرة البيع ، فإن نزل أمضيته على قراضهما ، وعلى المنع إذا فات ، فله أجر مثله ؛ لأنها زيادة صحبت المال ، وقيل : قراض مثله ، لأن الزيادة لم تخرج عن المال .

قوله : (أَوْ يَبْضَعُ) أي ولا يجوز أن يشترط رب المال على العامل أن يبضع أي أن يرسل مالاً مع غيره للتجارة ؛ لأن رب المال ينتفع بوجاهة العامل الدينية أو الدنيوية . وفي « المدونة »^(١) : ولا يبضع العامل من بضاعة ، فإن فعل ضمن ، ولو أذن له رب المال في ذلك جاز ما لم يأخذه على ذلك .

قوله : (أَوْ يَزْرَعُ) هكذا منع اشتراط الزرع في « المدونة » وهذا لأن رب المال ازداد عليه عمل العامل في الزرع ، ولا يصنع شيئاً بيده فينبغي أن يجوز إلا أن يكون العامل ممن له وجاهة أو يكون الزرع مما يقل في تلك الناحية ، وقد حكى ابن شعبان في اشتراط الزراعة قولين بالجواز والكراهة .

وقوله : (أَوْ لَا يَشْتَرِي حَتَّى يَبْلُغَ بَلَدَ كَذَا) هذا بيان ما احترز عنه من التأقيت ، وهذا مذهب « المدونة » ، وفي « العتبية »^(٢) : لا بأس به .

وقوله : (وقال . . . إلى آخره) : فاعل قال عائد على مالك ، وهو التعليل للمسألة الأخيرة كذا هو في « المدونة »^(٣) .

وَلَا بَعْدَ الشَّرَاءِ لِأَنَّهُ كَقَرْضٍ بِجُزْءٍ مِنَ الرَّبْحِ ، وَلَهُ رِبْحُهُ وَعَلَيْهِ غُرْمُهُ

وهو معطوف على أن يخيط ، وهذه مسألة « المدونة »^(٤) ، ففيها : ولو ابتاع سلعة ثم سأل رجلاً أن يدفع إليه مالاً ينقده فيها ، ويكون قراضاً بينهما ، فلا خير فيه ، فإن ترك

(١) « تهذيب المدونة » (١٩٨/٣) .

(٢) « البيان والتحصيل » (٣٥/٧) .

(٣) « المدونة » (١١٢/١٢) .

(٤) « تهذيب المدونة » (٢٠٤/٣) .

لزمه رد المال لربه ، وما كان فيه من ربح أو ضيعة فله وعليه .

وهذا معنى قول المصنف : (**وَلَهُ رِبْحُهُ وَعَلَيْهِ غُرْمُهُ**) أي : للعامل ، وعلل ذلك في « المدونة » بما علل به المصنف فقال^(١) : وهو كمن أسلفه رجل ثمن سلعة على أن له نصف ربحها ، وقال فيها أيضاً فيمن ابتاع سلعة فعجز عن بعض ثمنها ، فأتى إلى رجل فأخذ منه قراضاً وهو يريد أن يدفعه في بقية ثمنها : لا أحب ذلك وأخاف أن يكون قد استغلها . قال في « الموازية » : وإن لم يكن لغلاء أجزته وأكره العمل به ابتداء ، وقاله أصبغ ومحمد فيما إذا لم يخبر رب المال بما اشترى ، وعارض سحنون بين مسألتى « المدونة » وأجاب أبو محمد بأن المسألة التي ذكرها المصنف قد سمي أنه ابتاع سلعة فكأنه دخل على السلف والتي عجز عن بعض ثمنها لم يذكر له ذلك ، فلم يدخل على السلف .

فرع :

ولو أخذ المال قبل الشراء جاز إذا لم يسم السلعة ولا البائع ، قاله ابن المواز . قال غيره : ويجوز لو قال له : قد وجدت سلعة رخيصة فادفع لي مالاً قراضاً لأشترتها به ، وقد فعله عثمان رضي الله عنه .

ابن حبيب : يكره أن يؤخذ المال قراضاً على أن يشتري من رفقة نزلت معهم ومعها تجارة ، فإذا وقع مضى على شرط الربح .

وَلَا بِتَعْيِينِ صِنْفٍ يَقِلُّ وُجُودُهُ أَوْ شَخْصٍ لِلْمُعَامَلَةِ أَوْ مَكَانٍ أَوْ زَمَانٍ

هذا أيضاً معطوف على (**أَنْ يَخِيْطَ**) ، ولو ذكر المصنف هذا قبل قوله : (**وَلَا بَعْدَ**

الشَّرَاءِ) لكان أحسن في التصنيف ؛ لأن الذي ذكره هنا إنما يرجع إلى التعيين والتأقيت .

وَعَلَيْهِ مَا جَرَتْ الْعَادَةُ بِهِ مِنْ نَشْرِ وَطِيٍّ وَنَقْلِ خَفِيفٍ ، وَلَوْ اسْتَأْجَرَ عَلَيْهِ فَعَلَيْهِ

أي : على العامل من العمل ما جرت العادة به أن التاجر يتولاه ولا يستأجر عليه ، (**وَإِنْ اسْتَأْجَرَ عَلَيْهِ**) أي : على ما جرت العادة بتوليته ، (**فَعَلَيْهِ**) أي : في ذمته لا في نصيبه من الربح .

(١) « تهذيب المدونة » (٣ / ٢٠٤) .

الرَّيْحُ : شَرْطُهُ : عِلْمُ الْجُزْئِيَّةِ فَلَا يَصِحُّ : وَلَكَ دَرَاهِمٌ

هو ظاهر ، واختلف إذا وقع ذلك ، ففي « الموازية » عن مالك وأصحابه : إن ترك ذلك مشروطه بعد العمل صح ، وتماديا عليه وأنكره يحيى .

وَلَوْ اشْتَرَطَ الرَّيْحَ كُلَّهُ لِأَحَدِهِمَا أَوْ لِغَيْرِهِمَا جَازَ

ابن عبد السلام : تصوره ظاهر ، وإنما يكثر فعلهما من أهل الخير .

خليل : ولا أعلم في اشتراط الريح كله لأحدهما خلافاً في المذهب ، على أن الباجي^(١) قال : هو مشهور المذهب ، وحيث شرط الريح للعامل ، فإن قال : اعمل فيه ولك ربحه وضمائه من العامل ؛ لأنه كالسلف .

اللَّخْمِيُّ : إلا أن يقول : ولا ضمان عليك ، وإن قال : اعمل به قراضاً ، فالمشهور أن ضَمَانَهُ من رب المال خلافاً لسحنون ، ورأى في المشهور أن لفظ القراض يغني عن اشتراط سقوط الضمان .

اللَّخْمِيُّ : وهو أصوب ، وإن اشترط الريح لغيرهما فلا ضمان على العامل .

ابن عبد السلام : وهل يلزمهم الوفاء بذلك إن كان المشتراط له معيناً ، فأصل المذهب أنه يلزم الوفاء به ، ويقضى به على الملتزم إن امتنع ، وإن كان غير معين كالمساكين ، فالمشهور أنه لا يقضى به إن امتنع ، وعلى ما في « الموازية » ينبغي أن يقضى به .

خليل : والمشهور مذهب « المدونة » ؛ لأن فيها إذا اشترط المتقارضان عند معاملتهما ثلث الريح للمساكين جاز ذلك ، ولا أحب لهما الرجوع فيه ، ولا يقضى بذلك عليهما .

وَأِنْ تَرَأَيْتَ بَعْدَ الْعَمَلِ عَلَى أَقَلٍّ أَوْ أَكْثَرَ جَازَ

أي : إذا تعاقدا على جزء ثم بعد العمل تراضيا على جزء أقل من الأول أو أكثر جاز مطلقاً ؛ لأن ذلك هبة من أحدهما للآخر ، وهكذا مذهب « المدونة » .

وقال ابن حبيب : لا يجوز ذلك إن كان المال عيناً وفيه ربح ووضيعة وكان في سلع وما نقص مساوياً ، وأما لو كان قبل العمل فاتفق على الجواز ، فقول المصنف بعد العمل تنبيه منه بالأخف على الأشد ؛ لأنه إنما نص على موضع الإشكال ، وأما قبله فلا إشكال فيه

لعدم لزومه بالعقد وقول ابن القاسم أئين ؛ لأن المال إن كان عيناً فكأنهما الآن ابتديا بالعقد ، لأن القراض لا يلزم بالعقد ، وإن كان في سلع فهي هبة من أحدهما للآخر ، ووجه قول ابن حبيب إنه أن كان المال عيناً وفيه ربح أو خسارة فقد ملكا قسمته ، فكأن أحدهما زاده للآخر لبقاء الأمر ، وكذلك إن كان في سلع ؛ إذ قد يدعو أحدهما إلى بيعها فكأنه زاده لتماديه في القراض ، وإذا فرعنا على الجواز فإن كانت الزيادة للعامل ، فالعامل أحق بها في الموت والفلس لقبضه لها ، وإن كانت لرب المال فقيل : يبطل لعدم الحوز .

وخرج اللّخميّ قولاً بالصحة على القول أن الهبات إذا لم تكن تهمة لا تبطل ؛ لأن التراخي إنما كان لعدم إتيان وقت المفاصلة .

قال صاحب « المعين » : ومال المتأخرون والموثقون إلى النفوذ ، وقال بعض من مال إلى مذهب ابن حبيب : إن هبة رب المال للعامل وبالعكس لا تجوز ، وقد أجاز محمد ترك العامل النفقة بعد شغل المال ولم يجز ذلك له قبل شغله ؛ لأنه يصير حيثئذ كأنه قارضه على شرط إسقاط النفقة من أجل أن عقد القراض منحل قبل شغل المال .

وَلَوْ شَرَطَ الْعَامِلُ عَمَلَ غَلَامٍ رَبِّ الْمَالِ أَوْ دَابَّتْهُ فِي الْمَالِ خَاصَّةً جَازَ

هكذا قال مالك ، ووجهه أن المنفعة لهما ، وحكى ابن المواز أن قول مالك اختلف في اشتراط العامل عون غلام رب المال واختار ابن المواز الجواز .

وذكر ابن زرقون أنه يجوز إذا كان المال كثيراً كما لو قالوا في المساقاة : يجوز اشتراط عون الغلام في الحائط الكبير دون الصغير ، ويشترط على الجواز ألا يقصد بالغلام أن يكون عيناً له أي لرب المال كما تقدم ، والجواز في الدابة أظهر ؛ لأنه يخشى منها أن تكون عيناً .

وَالرَّبِيحُ شَرِكٌ وَلَا عَادَةٌ ، فَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ : قِرَاضُ الْمِثْلِ ، وَقِيلَ : النِّصْفُ

(وَالرَّبِيحُ شَرِكٌ) جملة حالية عاملها محذوف ، وتقديره : وإذا قال : اعمل في حال كون الربح شركاً .

(وَلَا عَادَةٌ) حال أخرى .

(فَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ) في « المدونة »^(١) : قراض المثل إن عمل ، هكذا في « المدونة » ،

لا كما يعطيه ظاهر كلام المصنف ، من وجوب قراض المثل قبل العمل ؛ لأنه قبله يفسخ ، وقد نقل اللَّخْمِيُّ عن ابن القاسم فيما إذا قال : الربح شرك أن القراض فاسد ، وقال غير ابن القاسم في « المدونة » (١) : هو صحيح وله النصف ؛ وهو لابن الماجشون .
اللَّخْمِيُّ : والأول أحسن ؛ لأن الشرك ينطبق على أن له النصف أو أقل أو أكثر ، فيكون مجهولاً .

ورأى غيره الشرك يقتضي التساوي ؛ ولأنه الغالب من قراض الناس .
ووقع في بعض النسخ والربح مشترك ، وليست بظاهرة ؛ لأن لفظة مشترك تفيد التساوي عرفاً ، فليس فيه خلاف ، هكذا أشار إليه أبو الحسن وابن عبد السلام وغيرهما .
وقوله : (وَلَا عَادَةً) يريد : وأما لو كانت عادة من نصف أو ثلث العمل عليهما وهكذا قال ابن شاس .

وَلَوْ دَفَعَ مَالَيْنِ مَعًا أَوْ مُتَعَايِنِينَ قَبْلَ شُغْلِ الْأَوَّلِ بِجُزْأَيْنِ مُتَّفَقِينَ أَوْ مُخْتَلِفِينَ فَإِنْ شَرَطَ
الْخَلْطَ جَازَ وَإِلَّا فَلَا ؛ وَقِيلَ : وَإِلَّا فَلَا فِي الْمُخْتَلِفِينَ ...

يعني : (لَوْ دَفَعَ) رب المال للعامل (مَالَيْنِ) إما دفعة أو دفعتين لكن أعطاه الثاني قبل شغل الأول في سلع ، (فَإِنْ شَرَطَ) خلطهما جاز كان بجزء متفق أو بجزأين ؛ لأن ذلك آيل إلى الجزء المعلوم ، كما لو دفع مائة على الثلث ومائة على النصف بشرط الخلط .
ابن يونس : وحساب ذلك أن ينتظر أقل عدد له نصف وثلث وذلك ستة ، وقد علمت أن للعامل من ربح أحد المالين نصف ومن الآخر ثلث ، فخذ له نصف الستة وثلثها وذلك خمسة ، ولرب المال نصف ربح المائة الواحدة وثلث ربح الأخرى ، فخذ له نصف الستة وثلثها وذلك سبعة ، واجمع ذلك من الخمسة التي صحت للعامل ، فتكون القسمة بينهما من اثني عشر ، قال : وقد غلط في حسابها ابن مزين وجعلهما يقتسمان الربح على سبعة أجزاء .

قوله : (وَلَا فَلَا) أي : وإن لم يكن بشرط الخلط فلا يجوز أي سواء كان بجزء واحد أو بجزأين مختلفين ، ويجوز في المتفقين وهذا قول محمد .

ابن يونس وغيره : وهو ظاهر «المدونة» ؛ لأنه لا يهتم أن يعمل في أحدهما دون الآخر

(١) « تهذيب المدونة » (٣/١٩٢) .

لاستواء نصيبه فيهما ، ونسب اللّخميّ وابن شاس^(١) القول الذي قدمه المصنف لابن حبيب ، وعلى هذا فتقديم المصنف له ليس بظاهر .

وَلَوْ شَغَلَ الْأَوَّلُ فَإِنْ شَرَطَ الْخَلْطَ امْتَنَعَ ، وَإِلَّا جَازَ ، وَرَوِي : لَا يُعْجِبُنِي فِي الْمُخْتَلِفِينَ

يعني : وإن دفع إليه المال الثاني بعد شغل الأول ، فإن شرط خلطه بالأول امتنع سواء كان بجزء واحد أو بجزأين مختلفين ، وعلله في « المدونة » بأنه قد يخسر الثاني فيلزمه أن يجبره بما ربح في الأول ، قال^(٢) : ولو كانت قيمة سلع الأول كرأس المال ؛ لأن الأسواق قد تحول ، وكأنه رأى أن ذلك آيل إلى اشتراط رب المال الزيادة على العامل .

قوله : (وَالْإِجَازُ) أي : وإن لم يشترط جاز ، وظاهره سواء اشترط عدم الخلط أو سكتنا لعدم جبر أحد المالين بالآخر .

وقوله : (وَرَوِي) أي : عن مالك (لَا يُعْجِبُنِي فِي الْمُخْتَلِفِينَ) لأن الاختلاف يوجب التهمة بخلاف ما إذا تساوى الجزآن ، وهذه رواية أشهب في « الموازية » .

وَلَوْ نَضَّ الْأَوَّلُ بِرِبْحٍ أَوْ خَسَارَةٍ - لَا مُسَاوِيًا - لَمْ يَجْزُ أَخْذُ قَرَاضٍ آخَرَ مُطْلَقًا عِنْدَ ابْنِ الْقَاسِمِ ، وَقِيلَ : يَجُوزُ مَعَ الرِّبْحِ وَمُؤَافَقَةِ الْجُزْءِ وَعَدَمِ الْخَلْطِ ، وَيَجُوزُ فِي الْمُسَاوِيِ بِجُزْءِ الْأَوَّلِ ...

أي : (وَلَوْ نَضَّ) المال (الْأَوَّلُ) وأراد أن يعطيه قراضاً آخر فله حالتان :

الأولى : أن ينض غير مساوٍ ، إما بربح أو خسارة .

والثانية : أن ينض مساوياً فلا يجوز في المال الأول أخذ قراض آخر مطلقاً عند ابن القاسم في « المدونة » ونعني بالإطلاق سواء كان على شرط الخلط أم لا بجزء موافق أو مخالف ؛ لأنه إن كان بربح فقد ملك العامل الرد ، فيرغبه في الثاني على البقاء ، فهو انتفاع منه ، وأخرى إن نض ينقص ؛ لأنه يرجو جبره بالثاني .

وقال غير ابن القاسم في « المدونة » : ما ذكره المصنف بقوله : (وَقِيلَ ...) وحاصله أن هذا القائل يرى الجواز بثلاثة شروط : وجود الربح ، وموافقة الجزء ، وعدم الخلط ، ولم

(١) « الجواهر » (٢/٧٩٢) .

(٢) « تهذيب المدونة » (٣/٢٠١) .

ير هذا القائل أنه يحصل لرب المال والحالة هذه منفعة ؛ لأنه لما اشترط عدم الخلط صح للعامل أن يرد المال الأول إلى ربه متى شاء ويأخذ ربحه ، واختار اللَّخْمِيُّ هذا القول .

قوله : (ويَجُوزُ فِي الْمُسَاوِي) : هذه هي الحالة الثالثة .

وقوله : (بِجُزْءِ الْأَوَّلِ) نحوه في « المدونة »^(١) ، ففيها : وإن اتجر في الأول وباع فنض بيده ثم أخذ الثاني فإن كان باع رأس المال سواء جاز أخذه للثاني على مثل جزء الأول لا أقل ولا أكثر .

واختلف في معناه ، فقال ابن يونس : يريد إذا كان على شرط عدم الخلط وأما على الخلط فيجوز بجزء موافق أو مخالف .

وكذلك قال ابن المواز ، وقال الشيخ أبو محمد : معناه على الخلط ، ولو كان على ألا يخلط لا يجوز ، وإن اتفقت الأجزاء وكذلك روى أبو زيد .

وكأن المصنف اعتمد على ما قدمه فيما إذا دفع مالين قبل شغل الأول ؛ إذ لا فرق في المعنى بين عدم شغل الأول أو نضوضه بعد شغله .

تنبيه :

هذه المسألة وهي قوله : (ويَجُوزُ فِي الْمُسَاوِي بِالْجُزْءِ الْأَوَّلِ) وقعت في نسختي وغيرها .

ووقعت في نسخة ابن راشد وابن عبد السلام بعد قوله : (وَلَوْ شَرَطَ زَكَاةَ الرَّيْحِ ... إلى آخره) واعترض ابن عبد السلام عليها ، وقال : حق هذه أن تكون بإثر الأولى ، والله أعلم .

وَلَوْ شَرَطَ زَكَاةَ الرَّيْحِ عَلَى أَحَدِهِمَا جَازَ لِأَنَّهُ رَجَعَ إِلَى جُزْءِ مَعْلُومٍ ، وَقَدْ تَعَقَّبَ ، إِطْلَاقَهُ ، وَقِيْدَ بَأَنَّ يَكُونُ الْمُرَادُ نَسْبَتَهُ ، وَإِنْ لَمْ تَجِبْ ...

فاعل (شَرَطَ) يعود إلى العامل وعلى رب المال ، وفاعل (جَازَ) عائد على الشرط المفهوم من السياق ، والتقدير : ولو شرط أحدهما على الآخر زكاة الربح جاز الاشتراط ، وإذا جاز الاشتراط جاز العمل به ، لأن ذلك يرجع إلى جزء معلوم ، وهذا قول ابن القاسم في « المدونة » وروايته عن مالك في « الأسدية » : لا يجوز اشتراط الزكاة على أحدهما .

(١) « تهذيب المدونة » (٣/٢٠١) .

وفي المسألة قول ثالث : جواز اشتراطهما على العامل دون العكس ، قاله مالك في المساقاة .

ابن رشد وابن زرقون : والباب واحد ، وإلى ذلك أشار الباجي^(١) أيضاً ، والرابع عكس الثالث ، وخرجه ابن رشد وغيره .

وقوله : (وَقَدْ تَعُقَّبَ ... إلى آخره) أي : تعقب إطلاقه في « المدونة » الجواز ؛ لأنه مؤد إلى القراض بجزء مجهول ؛ لأنه إن وجبت الزكاة يكون كمن اشترط عليه أربعة أعشار وثلاثة أرباع عشر ، وإن لم تجب يكون له خمسة أعشار ، ولأنه لا يدري هل ينض قبل الحول فلا تجب الزكاة أو بعده فتجب ؟ وأجيب بأنه يرجع إلى جزء معلوم ؛ لأن المراد أن لمشترط الزكاة ربع عشر الربح ثم يقتسمان ما بقي كما لو اشترط أحدهما ثلث الربح مثلاً لأجنبي وأبى من أخذه فإنه لمشترطه منهما .

وعلى هذا ، فقوله : (تَجِبُ) من الوجوب ، وفي بعض النسخ من الحسبان ومعناه : وإن لم تجب الزكاة من الفقراء بتقدير النصاب أو عدم الحول .

خليل : وهذا الجواب ضعيف ؛ لأن غايته أنهم نفوا الجهالة من جانب المشتري عليه ولم ينفوها عن المشتري ؛ لأن المشتري يبقى مرة يأخذ النصف فقط ، ومرة يأخذه وقدر الزكاة ، فانظره .

وأجاب صاحب « المقدمات »^(٢) بجواب آخر وهو : حمل المال على الغالب من المال لا يقبض قبل الحول ، وأنه إن كان أقل من النصاب فيهما يرجوان بلوغه النصاب .

ابن عبد السلام : وهذا الجواب مع ضعفه خير من الأول لما يلزم على الأول من النزاع حين المفاصلة في قسمة الربح إذا أسقطت الزكاة عن الربح .

وقد ذكر بعضهم أن الخلاف الذي في المساقاة يجري هنا هل يكون ربع العشر لرب المال وحده ؟ أو له وللعامل سواء بينهما ؟ أو يتحصان فيه بحساب ما لهما من الربح كله على تسعة وثلاثين جزءاً : لرب المال عشرون وللعامل تسعة عشر ؟

واحترز المصنف بقوله : (زَكَاةُ الرَّبْحِ) من زكاة المال كله ؛ فإنه لا يجوز اشتراط زكاته كله على العامل .

(١) « المتقى » (٨٦/٧) .

(٢) « المقدمات » (١٩٠/٢) .

صاحب البيان^(١) وغيره : باتفاق ؛ لأن ذلك زيادة ازداها رب المال على العامل .
 وَيُجْبَرُ الْخُسْرَانُ - وَلَوْ تَلَفَ بَعْضُهُ قَبْلَ الْعَمَلِ - بِالرِّيحِ ، مَا لَمْ يَتَفَاصِلَا وَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ :
 وَيُقْبَضُ ، وَقَالَ غَيْرُهُ : لَوْ أَعْلَمَهُ بِنَقْصِ الْمَالِ وَاقْتَسَمَا الرِّيحَ وَقَالَ : اعْمَلْ بِمَا بَقِيَ - كَانَ
 مُؤْتَنَفًا ...

يعني : إذا تجر فخرس ثم ربح فإن الخسران يجبر بالريح ، وإنما يقتسمان ما زاد على
 أصل المال ؛ لأن هذه سنة القراض ولا خلاف في ذلك .

قال في « المدونة »^(٢) : وإذا ضاع بعض المال بيد العامل قبل العمل أو بعده أو خسرته أو
 أخذه للصوص ظلماً لم يضمه العامل ، إلا إن عمل ببقية المال جبر بما ربح فيه أصل المال
 الأول ، وما بقي بعد رأس المال يكون بينهما على ما شرط .

ولو كان العامل قال لرب المال : لا أعمل حتى تجعل ما بقي رأس المال ، ففعل وأسقط
 الخسارة فهو أبداً على القراض الأول ، وإن حاسبه وأحضره العامل ، قال رب المال :
 اعمل حتى تجعل ما بقي من رأس المال ما لم يقبضه منه .

فإن قلت : فتخصيص المصنف بقبول العمل مشعر بأن الربح لا يجبر ما تلف بعد
 العمل ، فهو خلاف ما نص عليه في « المدونة » .

قيل : لا نسلم ذلك بل يفهم من كلامه والجبر بعد العمل من باب الأخرى ؛ لأنه إذا
 جبر ما تلف قبل العمل مع أن المال حينئذ كوديعة لعدم لزوم عقد القراض ، فلأن يجبر من
 بعد العمل من باب أولى .

وقوله : (بِالرِّيحِ) متعلق بـ (يُجْبَرُ) ، وجعل المصنف غاية هذا الجبر المفاصلة .

واختلف بماذا تكون المفاصلة ؟ فرأى ابن القاسم كما حكيناها عنه لا بد في ذلك من
 القبض .

اللَّخْمِيُّ : زاد أصبغ على باب الصحة والبراءة ، وحكى ابن حبيب عن مالك وربيعة
 والليث ومطرف وابن الماجشون عمّن لقيه من أصحاب مالك أنه إذا أخبره بما نقص من
 رأس المال ، وقال له : اعمل بما بقي وأسقط عنك ما ذهب إنه قراض مؤتلف .

(١) « البيان والتحصيل » (١٠/٥٠٠) .

(٢) « المدونة » (٩٧/١٢) .

المازري : وهذا الذي نقله ابن حبيب عن هؤلاء الفقهاء رأيت ابن المواز نقل عنهم خلافة في « الموازية » ، وما حكاه ابن حبيب هو القول الثاني في كلام المصنف ، واختاره غير واحد وهو الأقرب ، لأن الأصل إعمال الشروط عملاً بقوله عليه السلام : « المؤمنون عند شروطهم »^(١) ما لم يعارض ذلك نص .

وقوله : (وَيُقْبَضُ) : جملة تجري مجرى التفسير لقوله : (يَتَفَاصَلَا) ، وليست تفسيرية حقيقة ؛ لأن جملة التفسير لا تعطف .

فرع :

قال في « المدونة »^(٢) : وليس ما استهلك العامل منه مثل ما ذهب ، لأن ما استهلكه قد ضمنه ، هذا نص « التهذيب » ، زاد في « الأمهات » : وما بقي في يد العامل فهو الذي على القراض ، وإن تلف نصف المال فالنصف الثاني هو رأس المال .

أَمَّا لَوْ اشْتَرَى بِجَمِيعِهِ فَتَلَفَ قَبْلَ إِقْبَاضِهِ فَأَخْفَرَهُ لَمْ يُجْبَرِ التَّالِفُ

أما للتفصيل أي ما ذكرناه من جبر الخسران بالربح إنما هو إذا بقي بعض المال أما لو تلف جميعه ، وقد كان اشترى به سلعة ولم يدفعه فيها فأخلف ربه فلا يجبر المال الثاني التالف ؛ لأن الأول قد انقطعت المعاملة بينهما فيه ، والثاني كابتداء قراض .

وقوله : فأخلفه : يفهم منه أنه موكول إلى اختياره ، وقد صرح بذلك في قوله :

فَإِنْ لَمْ يُخْلَفْ فَالْسَّلْعَةُ لِلْعَامِلِ ، وَقِيلَ : يُخْلَفُهُ جَبْرًا .

الأول مذهب ابن القاسم في « المدونة » ، وإنما كانت السلعة للعامل ؛ لأن أدنى حال العامل أن يكون كالوكيل ، والوكيل تلزمه السلعة في مثل هذا ، والقول بإجباره على الخلاف للمغيرة ، ورأى أن الدراهم والدنانير لا تتعين ، وانظر هل رأس المال عنده المال الثاني أو هو الأول ؟

(١) أخرجه أبو داود (٣٥٩٤) والحاكم (٢٣٠٩) والدارقطني (٢٧/٣) والبيهقي في « الشعب »

(٤٣٤٨) ، وفي « الكبرى » (١١٢١١، ١١٧٠٩) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه .

وصححه الألباني - رحمه الله - .

(٢) « تهذيب المدونة » (٣/١٩٧) .

وَلَوْ اشْتَرَى بِمِائَتَيْنِ وَالْمَالُ مِائَةٌ فَشَرِيكَهُ بِالنِّصْفِ فَإِنْ كَانَتْ الْمِائَةُ نَسِيبَةً قُومَتْ وَكَانَ لَهُ نَسِيبَةٌ قِيمَتِهَا ...

تصور المسألة ظاهر ، ولا خيار لرب المال إن اشترى العامل النصف الآخر لنفسه ، وإن اشتراه أيضاً للقراض فربُّ المال مخير بين أن يدفع إليه مائة وتكون السلعة كلها للقراض أو لا يدفع ويكون العامل شريكاً وإن كانت المائة نسيئة وفي معنى النسيئة أن تكون على التقاضي .

(قُومَتْ) أي : بعرض ، ثم العرضُ بنقدٍ ، قاله ابن المواز .

وكان شريكاً بنسبة قيمتها ، وهو مذهب « المدونة » الذي أصلح سحنون « المدونة » عليه وقاله أشهب وابن القاسم .

وقال ابن القاسم : وروى أيضاً عن مالك أن يكون شريكاً بما زادته قيمة السلعة على مائة القراض ، وهو الذي كانت « المدونة » عليه ، وهي رواية القاسبي عن الدبَّاغ والإبياني ، والأول هو اختيار ابن المواز وصاحب « البيان »^(١) وغيرهما .

الْعَاقِدَانِ كَالْوَكِيلِ وَالْمُوكَّلِ .

هذا هو الركن الرابع ، وكان المصنف راعى الترتيب الوجودي ، فقدم الكلام على المال ثم على العمل ثم على الربح ؛ لأنه بعده .

فإن قلت : لو راعى هذا لقدم الكلام على المتعاقدين .

قيل : لعله إنما قدم الثلاثة لأجل إنهاء القيود المصرح بها في التعريف ، والكلام على ما يتعلق بالتعريف مقدم ، وكانا كالوكيل والموكل ؛ لأن العامل لما كان مأذوناً له في العمل كان كالوكيل ، ولما كان لرب المال إذن كان كالموكل ، ويؤخذ منه أنه لا يقارض الذمي كما لا يوكل .

وَإِذَا تَعَدَّدَ الْعَامِلُ فَالرَّبْحُ بِقَدْرِ عَمَلِهِمْ كَالشَّرَكَاءِ

أي : فلا يجوز أن يتساوى في العمل ويتفاضلا في الربح كشركاء الأبدان ، قال في «البيان»^(٢) : ويجوز ذلك على ما يدل عليه مذهب سحنون لاعتراضه على ابن القاسم

(١) « البيان والتحصيل » (١٢/٣٣٠) .

(٢) « البيان والتحصيل » (١٢/٣٣١) .

بقوله : وليس يجوز لصاحب المال أن يدفع المال على النصف وأقل منه وأكثر ، وصوبه ابن رشد وغيره ؛ لأنه إذا أعطى أحدهما على النصف والآخر على الثلث فكأن رب المال وهب لأحدهما السدس ، وعلى مذهب ابن القاسم إذا فات ، فقال محمد وابن حبيب : يقسم الربح على ما سموا ويرجع صاحب القليل على صاحب الكثير بفضل عمله على العامل .

وقال أحمد بن خالد : بل على رب المال ، وقال جماعة : بل يرد إلى حكم القراض الفاسد ، ثم اختلف هؤلاء ، فقال التونسي : يكونان أجيرين ، وقال : أفضل لهما قراض مثلهما .

ابن عبد السلام : قول التونسي أظهر عندي وأجرى على قواعد المذهب ؛ لأن القراض فاسد ، فإذا وقع عليه « التفريع » وأنه ممنوع ابتداء ، ويدل كلام المصنف على الجواز إذا وقع الربح على قدر العمل ، وفهم صاحب « البيان » « المدونة » على ذلك ، قال : لتعليقه فيها ؛ لأنهم كالشركاء ، وكرهه في « الموازية » وإن كان الربح قدر الأجزاء ؛ أي لأن أحدهما قد يكون أبصر من الآخر بالتجارة .

وَلِلْعَامِلِ نَفَقَتُهُ فِي السَّفَرِ وَفِي إِقَامَتِهِ بِغَيْرِ وَطْنِهِ لِلْمَالِ فِي الْمَالِ بِالْمَعْرُوفِ

نقل عبد الوهاب^(١) الإجماع على وجوب النفقة للعامل إلى زمان الشافعي ، فقال في أحد قوليهِ : لا نفقة له ، واحترز (بِغَيْرِ وَطْنِهِ) مما لو قام بوطنه ، فإنه لا نفقة له ، وهكذا في « المدونة » وغيرها ، وظاهر كلام مالك الإطلاق .

وقال اللَّخْمِيُّ : محمل قوله أن ذلك العمل لم يقطعه عن الوجوه التي كانت تقوم منها نفقته ، وأما إن كانت تشغله فله النفقة كالمسافر .

وعلى هذا التقييد حكى ابن القاسم المسألة مختصراً عليه .

الليث في « المدونة »^(٢) : ولا نفقة للحاضر إلا أن يشغله البيع فيتعدى بالأفلاس .

ابن المواز : وأبى ذلك مالك ، وقال : من اشتغل في الحضر بتجارة القراض فلا يأكل منه وقول الليث : بالأفلاس هو جمع قلة وهو للثلاثة إلى العشرة .

(١) « المعونة » (١٢٦/٢) .

(٢) « تهذيب المدونة » (١٩٤/٣) .

وقوله : (فِي الْمَالِ) أي : لا في ذمة رب المال ، ولهذا لو أنفق العامل في سفره من مال نفسه ثم هلك مال القراض لم يلزم رب المال بشيء ، وكذلك إذا زاد ما أنفقه على مجموع المال لم يرجع بالزائد ، وهكذا في « المدونة » .

وقوله : (بِالْمَعْرُوفِ) أي : من غير سرفٍ من طعامه وشرابه وركوبه ومسكنه ، أشهب عن مالك : وحجامة وحمامه ، قال : وليس له دواء .

فرعاً :

الأول : قال في « المدونة »^(١) : ولو أخذ المال ببلد له أهل بها فلا نفقة له في ذهابه ولا في رجوعه ؛ لأنه ذهب بها إلى أهله ، ورجع بها إلى أهله .

وقال أشهب : بل له النفقة في الذهاب والرجوع دون الإقامة .

الثاني : قال في « المدونة »^(٢) : وإذا تزوج بغير بلد إقامته فمن يومئذ تسقط نفقته ، محمد : يريد : ودخل .

اللَّخْمِيَّ : وإن كان تزويجه لأجل قيامه للعمل بالقراض ولولا ذلك لم يقيم ولا تزوج لم تسقط نفقته .

وَتَوَزَّعَ عَلَى مَا بِيَدِهِ ، وَلَوْ أَخَذَهُ بَعْدَ أَنْ اكْتَرَى وَتَزَوَّدَ

يعني : لو كان بيده مالان وزع نفقته عليهما سواء كان المال الآخر للعامل أو لرجل آخر .

قال في « المدونة »^(٣) : والتوزيع على قدر المالين بالحصص ، وخرج اللَّخْمِيَّ فيها قولاً بأنهما على السواء من أحد القولين في نفقة الآباء على الأولاد وأحدهم أكثر يساراً .

وفيه نظر ؛ لأن موجب النفقة هنا المال ، فينبغي أن تراعى كثرته وقلته بخلاف الأولاد فإن موجب الأبوة ، وهي لا تختلف .

وظاهر كلام المصنف وكلام المتقدمين أنه لا فرق بين أن يكون كل واحد من المالين كثيراً يحتمل النفقة لو انفرد أو يكون المجموع كثيراً أو يكون أحدهما كثيراً والآخر قليلاً ، واختار اللَّخْمِيَّ في المالين اللذين يقصر كل واحد منهما بانفراده على الإنفاق السقوط ؛ لأن

(١) « المدونة » (٩٢/١٢) .

(٢) « المدونة » (٩٢/١٢) .

(٣) « المدونة » (٩٧/١٢) .

رب كل واحد منهما قد دخل معه على عدم النفقة ، وكذلك اختار السقوط عن صاحب القليل إذا كان أحدهما كثيراً .

ابن عبد السلام : والذي قاله ظاهر بشرط أن لا يكون من شأن العامل أخذ القراض من الناس .

وقوله : (وَلَوْ أَخَذَهُ بَعْدَ أَنْ اكْتَرَى) يعني : لا فرق في التقديم بين أخذ المالكين دفعة أو متعاقبين ، ولو أخذ الثاني بعد أن اكترى للسفر وتزود له ، وخرج اللّخميّ في هذه الصورة قولاً بسقوط النفقة عن المال الثاني من أحد القولين في من خرج لحاجة ثم أخذ قراضاً ، أنه لا نفقة في مال القراض .

وَلَوْ خَرَجَ فِي حَاجَةٍ لَهُ وَزَعَّ النَّفَقَةَ عَلَيْهِمَا

هذا هو ظاهر « المدونة » وفي « الموازية » السقوط ، وزعم اللّخميّ أنه المعروف ، وعلى مذهب « المدونة » ففي « العتبية »^(١) وغيرها : ينظر قدر نفقته في طريقه ، فإن كانت مائة والقراض سبعمائة فعلى المال بسبعة أثمان النفقة ، وفي هذا التوزيع نظر لا يخفى عليك ، أما الخارج لأهله فنص « المدونة »^(٢) وغيرها على أنه لا نفقة له ، ولعل اللّخميّ يرى أن هذه المسألة هي أصل المذهب ، وأن مسألة الخروج للحاجة مخالفة لأصل المذهب ، لكن قال صاحب « النكت »^(٣) وغيره : إنما فرق مالك في « المدونة » بين المتوجه إلى أهله والماضي لحاجته ؛ لأن الماضي إلى أهله لا بد من المشي إليهم ، والحاجة قد يكفأها وقد يبدو له عنها .

تنبيه :

يستثنى من الخارج لحاجة الخارج لحج أو لغزو ، وفي « المدونة »^(٤) : لا نفقة لهما ، قيل لمالك : إن عندنا تجاراً يأخذون المال قراضاً فيشترون به متاعاً يشهدون به المواسم ولولا ذلك ما خرجوا ، هل لهم في المال نفقة ؟ قال : لا نفقة لحاج ولا غاز في مال القراض في ذهاب ولا رجوع .

(١) « البيان والتحصيل » (٣/٣١٥) .

(٢) « المدونة » (٩٨/١٢) .

(٣) « النكت والفروق » (٢/١٣٣) .

(٤) « المدونة » (٩٨/١٢) .

الباجي^(١): وهو مذهب مالك وجمهور أصحابه ؛ لأن ما لله تعالى لا يشرك معه غيره .
أصبح : ولا نفقة له في إقامته في الحج إلا أن يقيم بعد انقضاء الحج للمال خاصة ،
فمن يومئذ تكون له النفقة ، ولم ير اللّخمي لهذا أثراً ، بل عارض الحج بمسألة الحاجة .

وَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ : وَالْإِحْدَامُ إِنْ كَانَ أَهْلًا

أي : إن كان مثله لا يخدم نفسه ، وأسقط المصنف ما اشترطه في « المدونة » في هذا ،
وهو أن يكون كثيراً .

ابن عبد السلام : وإنما أسقطه لاشتراطه كثرة المال في النفقة ، والخدمة أخص من
النفقة ، وكل ما هو شرط في الأعم هو شرط في الأخص ، هذا معنى كلامه .

وَالْقَوْلُ قَوْلُهُ إِذَا أَشْبَهَ

أي : قول العامل في مقدار النفقة (إِذَا أَشْبَهَ) ذلك نفقة مثله ، قاله في « المدونة »^(٢) ،
وزاد فيها : وإذا قال : أنفقت مائة درهم لا رجوع بها صدق وربح أو خسر ، قال في
« العتبية »^(٣) : وإذا ادعى بعد المفاصلة أنه نسي طلب النفقة قبل قوله ويحلف .
وقال في « المدونة »^(٤) : ولو ادعى ذلك بعد المقاسمة لم يصدق .

أبو الحسن : معناه إذا وقع كما قال في الحمال يدفع للحمولة ، ثم ذكر ما في « العتبية »
وقال ابن عبد السلام بعد كلامه في « المدونة » : وقبل مالك قوله في ذلك وذكره ابن المواز
وظاهره أنه حمل « المدونة » على إطلاقها .

وَلَهُ الْكِسْوَةُ فِي بَعِيدِهِ إِنْ كَانَ الْمَالُ لَهُ بِأَلٍ - قَالَ مُحَمَّدٌ : نَحْوُ خَمْسِينَ دِينَارًا - لَا فِي
قَرِيْبِهِ، وَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ : إِلَّا أَنْ يَطُولَ ...

لأنه في القريب لا يحتاج إلى الكسوة بخلاف البعيد ، وبخلاق ما لو أقام في القريب
زماناً طويلاً ، قاله ابن القاسم في « المدونة »^(٥) ، وهو الذي نقله المصنف عنه .

(١) « المتقى » (٩٩/٧) .

(٢) « المدونة » (٩٩/١٢) .

(٣) « البيان والتحصيل » (٣١٩/١٢) .

(٤) « تهذيب المدونة » (٢٠٧/٣) .

(٥) « المدونة » (٩٩/١٢) .

وعطفه قول ابن القاسم على كلامه السابق يدل على أن النفقة تسقط في السفر القريب على القول الأول مطلقاً ، وهو صحيح ، قاله مالك في « الواضحة » ، وجعل ابن القاسم الشهرين والثلاثة طولاً ، ووقع لابن القاسم أيضاً أن ما بين مصر ودمياط قريب ، والمذهب وجوب جميع الكسوة .

وقال عبد الوهاب^(١) : لا يجب من الكسوة إلا التي لولا الخروج لم يحتج إليها .
ورده الباجي^(٢) بالنفقة ، فإنها تجب للعامل جميعها في السفر لا في القدر الذي زاد على الحاضر .

خليل : وفيه نظر ، فإن القاضي نص في تلقينه على أنه ليس للعامل من النفقة في السفر إلا ما زاد على الحاضر ، وهو اختيار التونسي وعبد الحميد .

أما إن رجع العامل من السفر وعليه كسوة ، فأراد رب المال أخذها ، فقال في « الموازية » : إن كانت الكسوة بليت فليس له أخذها ، محمد وكذلك الغرارة والإداوة .

المازري : وهو يشبه ما في « المدونة » إذا فرض القاضي كسوة الزوجة ثم طلقها الزوج وأراد أخذها ، فقال : إن كانت الكسوة بليت لم يأخذها ، وإن بقيت جديدة أخذها .
ووجوب الكسوة مقيد بما إذا كان المال كثيراً ، ولعل المصنف اكتفى عن ذلك بقوله :

وَأَمَّا الْمَالُ الْقَلِيلُ فَلَا نَفَقَةَ فِيهِ وَلَا كِسْوَةَ

يعني : أن ما ذكرناه من وجوب النفقة والكسوة فذلك مشروط بأن يكون المال كثيراً ، أما القليل فلا نفقة فيه ولا كسوة ، وهكذا قال مالك وغيره .

ابن المواز : وليس في كثرة المال حد غير أن الأربعين والخمسين عندي كثير ، وفي « الموازية » أيضاً نفي التحديد ، ولمالك عند ابن شعبان : لا ينفق إذا كان يسيراً كسبعين ديناراً .

وفي اللخمي : إذا سافر بالمال فهو في النفقة على ثلاثة أوجه : إن كان المال كثيراً فله النفقة والكسوة ، وإن كان متوسطاً يجحف به اجتماع النفقة والكسوة ولا يضر به انفراد النفقة فهي له دون الكسوة ، وإن كان قليلاً لم يكن له شيء ، وإن كان السفر قريباً فله

(١) « المعونة » (٢/١٣٠) .

(٢) « المنتقى » (٧/٩٩) .

النفقة فقط ، وإن كان قليلاً لم تكن له نفقة ، وعلى هذا فينبغي أن يحمل قوله : أما القليل فلا نفقة فيه ولا كسوة على القليل جداً ، وأما المتوسط فسيه ، وفي السفر القريب النفقة ، وهكذا نص عليه ابن القاسم في « العتبية » (١) .

قال في « الموازية » : وإذا بعث معه بضاعة يشتري له بها سلعة ينفق منها قبل أن يشتري؟ قال : نعم ، وكذلك لو بعث معه سلعة ليبيعها له ، فلينفق منها إذا باع إن كان ذلك على وجه المعروف .

ابن يونس : وقد جرى العرف بالنفقة والكسوة في القراض وظاهر أمرهم في البضاعة إن كان الخروج لها ومن أجلها فيجب أن يكون له أجره ونفقته ، وإن كان إنما خرج للتجارة لنفسه وبعثت معه بضاعة أو مالا لشراء سلعة فالعرف عندنا : لا شيء فيه فيجب أن يحمل عليه ، انتهى .

واللَّخْمِيُّ قَرِيبٌ مِنْ هَذَا فَإِنَّهُ قَالَ بَعْدَ كَلَامِهِ فِي « الْمَوَازِيَةِ » : الْعَادَةُ الْيَوْمَ أَنَّهُ لَا يَنْفِقُ وَلَا يَكْتَسِي مِنَ الْبُضَاعَةِ ، وَأَنَّهُ فِيهَا عَلَى أَحَدِ أَمْرَيْنِ ، إِمَّا أَنْ يَعْمَلَ فِيهَا عَلَى وَجْهِ الْمَكَارِمَةِ فَلَا نَفَقَةَ لَهُ ، أَوْ عَلَى وَجْهِ الْإِجَارَةِ فَلَا يَكُونُ لَهُ غَيْرُهَا .

وقيد الشيخ أبو محمد ما في « الموازية » من وجوب الإجارة على البضاعة الكثيرة بما إذا كان العامل مثله يؤاجر نفسه وإلا فلا .

ولما فرغ من أركان القراض الصحيح وأحكامه شرع في الفاسد فقال :

وَإِذَا فَاتَ الْقِرَاضُ الْفَاسِدُ ثَلَاثُ رَوَايَاتٍ : قِرَاضُ الْمِثْلِ ، وَأُجْرَةُ الْمِثْلِ

(فَاتٌ) أَي : بِالْعَمَلِ ، قَالَ صَاحِبُ « الْمَقْدِمَاتِ » (٢) وَغَيْرِهِ ؛ أَي : فِيهِ (ثَلَاثُ

رَوَايَاتٍ) بِحَذْفِ الْخَبَرِ .

وقوله : (قِرَاضُ الْمِثْلِ) هُوَ تَفْسِيرٌ لِلرَّوَايَةِ الْأُولَى - وَهِيَ رَوَايَةُ أَشْهَبَ - وَبِهَا أَخَذَ هُوَ

وَابْنُ الْمَاجِشُونَ .

وقوله : (وَأُجْرَةُ الْمِثْلِ) تَفْسِيرٌ لِلثَّانِيَةِ ، وَمِنْشَأُ الْخِلَافِ فِيهَا مَا فَسَدَ مِنَ الْعُقُودِ الْمُسْتَثْنَاةِ

هَلْ تَرُدُّ إِلَى صَحِيحِهَا فَيَجِبُ قِرَاضُ الْمِثْلِ أَوْ صَحِيحُ أَصْلِهَا ؟ فَتَسْجَبُ أَجْرَةَ الْمِثْلِ ؛ لِأَنَّ الْقِرَاضَ مُسْتَثْنَى مِنَ الْإِجَارَةِ الْمَجْهُولَةِ .

(١) « البيان والتحصيل » (٣٦٤/١٢) .

(٢) « المقدمات » (١٩١/٢) .

ابن القاسم : مَا فَسَدَ لَزِيَادَةَ أَحَدِهِمَا أَوْ لَشَرْطِ رَبِّ الْمَالِ مَا يُخَوِّجُ إِلَى نَظَرِهِ فَأَجْرَةٌ
المِثْلُ وَمَا عَدَاهُ - كَضَمَانِ الْمَالِ ، أَوْ تَأْجِيلِهِ - فَقِرَاضُ الْمِثْلِ ، وَرُوِيَ فِي الْفَاسِدِ بِالضَّمَانِ :
لَهُ الْأَقْلُ مِنْ قِرَاضِ الْمِثْلِ أَوْ الْمُسَمَى ...

يحتمل أن يكون قول ابن القاسم هو الرواية الثالثة ؛ لأنها أيضاً رواية حكاها ابن
حبيب، ويكون قوله بعد ذلك : (وَرُوِيَ) رواية رابعة ذكرها المصنف زيادة ، ويحتمل أن
يكون قول ابن القاسم معترضاً ، ويكون قوله : (وَرُوِيَ) هي الرواية الثالثة ، ويؤيد هذا
أن المصنف لم يذكر قول ابن القاسم رواية ، واختار ابن عبد السلام هذا .

خليل : فقد يقال : بل الوجه الأول أولى لوجهين :

أما أولاً : فلأن القول بالتفصيل هو الرواية الثالثة في «الجواهر» ، ويغلب على الظن أن
المصنف يتبعه .

وأما ثانياً : فلأن الرواية الرابعة خاصة بمسألة واحدة ، نعم خرجها صاحب
«المقدمات»^(١) في سائر صور القراض الفاسد .

ويزيد قولاً خامساً لابن نافع من «كتاب ابن مزين» : إن اشترط الزيادة إن أسقطها صح
القراض ، وإن أبطلناها ، ورد إلى أجره مثله في المال وربحه ووضعته لربه ،
وسادسها بامضاء القراض على ما اتفقا فيه من وجه صحيح وإسقاط الشرط الفاسد ، ووقع
مثله لابن نافع في القراض إلى أجل .

وسابعها : خرج عبد الوهاب على ما ذهب إليه ابن المواز أنه يرد إلى قراض مثله إلا
أن يكون أكثر من الجزء المسمى إن كان رب المال هو مشترط الشرط ، وإن كان العامل هو
مشرط الشرط فإنما يكون له الأقل من قراض المثل أو الأجرة أو من الجزء المشترط من
الربح .

وما حكاها ابن زرقون فقال : وحكى أبو عمران أن أشهب وابن الماجشون قالا : لا يرد
إلى أجره مثله في المسائل كلها إلا في مسألة واحدة : إذا اشترط أن لا نفقة للعامل ،
والمشهور هو قول ابن القاسم .

(١) «المقدمات» (١٩١/٢) .

تنبيهات :

الأول : لم يحك ابن شاس القول الثالث كما حكاه المصنف ، بل قال : وروى أن منه ما يرد إلى قراض المثل ، ومنه ما يرد إلى أجره المثل ، حكاه ابن حبيب عنه ، وقال به ابن القاسم وابن عبد الحكم وابن نافع ومطرف وأصبع ، ثم اختلف في تفصيل ذلك وتعيينه على طرق :

الطريقة الأولى : ما قاله ابن القاسم : وهو أن كل ما اشترط فيه رب المال على العامل أمراً فصره به على نظره أو شرط فيه زيادة خالصة لنفسه ، أو شرطها للعامل كذلك فهو مردود إلى أجره المثل وما سوى ذلك ؛ كأخذه على الضمان أو إلى أجل وشبه ذلك ، فهو مردود إلى قراض المثل .

والطريقة الثانية : ما حكاه محمد بن حارث أن كل قراض فاسد في أصله لزيادة لا تحل أو لتخطير لا ينبغي ، فحكم العامل فيه أجبر ، وما سوى ذلك فمردود إلى قراض المثل حاشا مسألتين : إحداهما : إذا اشترط الضمان على العامل ، والأخرى : إذا اشترط على العامل أن يمسك المال مدة معينة فقط ؛ كسنة أو غيرها ، فإنه يرد في هاتين المسألتين إلى قراض المثل .

الطريقة الثالثة : ما ذكره عبد الحق^(١) ، قال : الأصل في ذلك أن كل زيادة ومنفعة شرطها أحد المتقارضين في المال داخلة فيه ليست خارجة عنه ولا خالصة لمشرطها ، فهو يرد إلى أجره مثله ، وكل زيادة أو منفعة اشترطها أحدهما لنفسه وخارجة من المال خالصة لمشرطها ، فهو يرد إلى أجر مثله ، وكل خطر وغرر تعامللا به خرجا من بينة القراض الجائر ، فهو رد إلى أجر مثله .

التنبيه الثاني : ضبط عياض الصور التي فيها قراض المثل على مذهب « المدونة » وعدها تسعاً وما سواها ففيه أجره المثل ، والتسعة : القراض بعرض ، والقراض إلى أجل ، والقراض على الضمان ، والقراض بجزء مبهم ، والقراض بدين يقبضه المقارض من أجنيبي ، والقراض على شرط في المال ، والقراض على أنه لا يشتري إلا سلعة كذا مما لا يكثر وجوده فاشترى غير ما أمر به ، والقراض على أنه لا يشتري إلا بدين فاشترى بنقد ، والقراض على عبد فلان ثم يبيعه ويتجر في ثمنه ، وقال : وما جعل فيه قراض في

(١) « النكت والفروق » (٢/١٣٥) .

الكتاب مسألة عاشره ليست من القراض الفاسد ، وهي إذا اختلفا وأتيا بما لا يشبه وحلفا ، وقد نظم بعضهم هذه الأبيات فقال :

لكل قراض فاسد أجر مثله قراض	سوى تسعة قد فصلت ببيان
قراض بعرض أو بدين أو مبهم	وبالشرط والتأجيل أو بضمان
ولا يشتري إلا بدين فيشتري بنقد	وأن يتتاع عبد فلان
ويتجر في أمانه بعد بيعه	فهذه إذا عدت تمام ثمان
وأن يشتري ما لا يقل وجوده	إن اشترى سواه اسمع بحسن بيان
كذا ذكر القاضي عياض وأنه	خبير بما يروي فصيح لسان

وزاد ابن راشد حادية عشر ، وهي أن يعطيه دنانير يصرفها ثم يتجر بثمنها .

ابن راشد : وقد نظمت فيها هذه الأبيات :

وأجرة المثل في القراض تعينت	سوى تسعة قد خالف الشرع حكمها
قراض بعرض واشتراط ضمان	وتحديد وقت والتباس يضمها
وأن يشتري غير المعين للشراء	وأن يشتري بالدين فاختل رسمها
وأن يشتري عبداً لزيد يبيعه	وأن يتجر فيه باجتهاد يلماها
وأن يقبض الدين الذي عند غيره	وأن يشترط بلفظ يعمها
وما قد قضاها الحكم من بعد التحالف	مع التجرف في صرف لعين فضمها

وَقَرَّاضُ الْمَثَلِ فِي الرَّبْحِ ، وَأُجْرَةُ الْمَثَلِ فِي الذِّمَّةِ ، ابْنُ حَبِيبٍ : كِلَاهُمَا فِي الرَّبْحِ ، وَقِيلَ :
كِلَاهُمَا فِي الذِّمَّةِ ، فَيُقَدَّرُ تَقْوِيمُ جُزْءِ الرَّبْحِ لَوْ صَحَّ الْعَقْدُ

لما ذكر أنه يجب على قول قراض المثل وأجرة المثل وعلى إخراجه المثل ، ويفصل على آخر جناح إلى بيان الفرق بين قراض المثل وأجرة المثل ، فذكر أن قراض المثل يتعلق بالربح إن كان في المال ربح ، وإن لم يكن فيه ربح فلا شيء له فيه ، وأجرة المثل ثابتة في ذمة رب المال ، كان في المال ربح أو لم يكن .

قال في «الجواهر»^(١) : وهكذا قال بعض أصحابنا إلا ابن حبيب ، قال : له أجرة مثله

من الربح أيضاً ؛ لأن العامل إنما دخل على أنه إنما يأخذ من الربح ، والقول بأنهما في الذمة نقله عبد الوهاب^(١) عن بعض الأصحاب ، فقال : ومن أصحابنا من يجعل قراض المثل مع الربح وعدمه ، ويفرق بينهما بأن يجعل حظ العامل بقدر ما يساوي عمله مما رضيه عوضاً لو صح العقد ، فيكون له بقية ذلك .

خليل : وفي عده قولان نظر ؛ لأنه إنما نقله عبد الوهاب عن ابن القصار ، إنما نقله عن طريق الاحتمال ، ونص ما في « المقدمات »^(٢) : وقد حكى عبد الوهاب في « شرح الرسالة » عن القاضي أبي الحسن أنه قال : يحتمل عندي على قول مالك أن يكون له ما يساوي قراض مثله ، وإن كان في المال وضیعة .

عبد الوهاب^(٣) : والفرق على هذا بين قراض المثل وأجرة المثل أن أجرة المثل متعلقة بالإطلاق ، وقراض المثل متعلق بالشرط ، فيقال في الإجارة : لو استأجر رب المال من عمل له هذا العمل كم تكون أجرته فيكون للعامل ذلك ؟

ويقال : في قراض المثل إن كان العامل قد رضی بجزء كذا على هذا الشرط الفاسد فينبغي أن يكون له ، فما قيل من شيء فهو قراض المثل .

فقراض المثل على تأويل القاضي أبي الحسن راجع إلى أجرة المثل ، وإنما يختلف في صفة التقويم .

ابن رشد^(٤) : وهو بعيد جداً ، وحاصله أن في الإجارة يقدر عوض العمل مجرداً عن الشروط وفي القراض يقدر مضافاً إلى تلك الشروط ، ويتبع هذا بالضرورة كثرة العمل وقلته .

ابن عبد السلام : ويفرق أيضاً بين قراض المثل وبين أجرة المثل ، أننا حيث حكمنا بقراض المثل يلزم تماذي العامل على عمله ، كما في المساقاة الفاسدة ، وحيث حكمنا بأجرة المثل يفسخ العمل متى عشر عليه ويكون للعامل أجرة ما عمل ، ولا يمكن من

(١) انظر « المقدمات » (٢/١٩٢) .

(٢) « المقدمات » (٢/١٩٢) .

(٣) « المقدمات » (٢/١٩٣) .

(٤) « المقدمات » (٢/١٩٣) .

التمادي ، وهذا الفرق أيضاً ليس متفقاً عليه ولكنه هو المشهور ، وكذلك أيضاً فرقوا من وجه آخر في المشهور ، فجعلوا أن العامل أحق من الغرماء إذا وجب له قراض المثل .

واختلفوا هل يكون كذلك في أجرة المثل ؟ فقال بعض القرويين : ليس هو أحق على ظاهر « المدونة » و « الموازية » ، وإليه نحا عبد الوهاب ، وقال بعضهم : هو أحق إذا كان المال في يديه حتى يستوفي أجرة مثله ؛ لأنه نماء المال بأجرة فاسدة ، فأشبه ما لو استأجره على خياطة ثوب إجارة فاسدة .

وَلَهُ حُلْطُهُ بِمَا بِيَدِهِ لَهُ وَلِغَيْرِهِ

أي : وللعامل خلط القراض ، (وَلِغَيْرِهِ) لأن كثرة المال تحصل الربح الكثير ، وإن افتقر إلى نفقة أو كسوة كان منصوصاً على جميع ما بيده ، وفي ذلك رفق بصاحب المال ، قال في « المدونة » (١) : ولا يضمن العامل إذا خلطها بغير شرط ، ومن شرط الخلط أن يكون في العين أو في العرض المثلي وأما إن كان من المقومات فلا ؛ لأن القيم تختلف ، نص على ذلك اللخمي في البضائع والباب واحد .

ابن عبد السلام : وليس له الخلط إلا لمصلحة ؛ لأن مالكاً قال في « المدونة » (٢) : إذا خاف العامل إن قدم ماله على مال القراض أو أخره وقع الرخص في ماله ، فالصواب أن يخلطهما ، ويكون ما اشترى بهما من السلع على القراض وعلى ما يتدنى فيها .

قال : ولو أخذ من رجل قراضاً ، فله أن يأخذ من آخر إن لم يكن الأول كثيراً لا يشغله الثاني عنه ، وقد تقدم حكم القراض على شرط الخلط .

بِخِلَافِ الشَّرِكَةِ وَالْبَيْعِ نَسِيئَةً - فَإِنْ فَعَلَ ضَمِنَ وَالرَّبْحُ بَيْنَهُمَا

أي : فإنه لا يجوز للعامل أن يشارك غيره ، يريد : ولو كان عاملاً آخر لرب القراض وقاس ذلك في « المدونة » على منع المودع أن يودع الوديعة عند من لربها عنده وديعة ، ولا أن يبيع نسيئة إلا أن يأذن له رب المال ، والفرق بين الخلط والشركة أن المال في الخلط لم يخرج عن يد من أمنه رب المال بخلاف الشركة ، وإذا ظهر لك ذلك في الشركة فهو في البيع نسيئة أظهر ، لأنه في الشركة لم يخرج جميع المال عن يده بخلاف هنا .

(١) تهذيب المدونة « (٣/١٩٨) .

(٢) تهذيب المدونة « (٣/١٩٨) .

وقوله : (وَالْبَيْعُ) مجرور بالعطف على الشركة .

وقوله : (فَإِنْ فَعَلَ ضَمِنَ) : أي في مسألتى الشركة والبيع نسيئة ضمن ، ووقع في «المدونة»^(١) قول بجواز إعطائه السلم ، واستغربه أبو عمران وغيره .

قوله : (وَالرِّبْحُ بَيْنَهُمَا) لأنه يتهم أن يكون قصد الاستبداد بالربح فعوقب بنقيض القصد ، وإلا لو قلنا : إن الربح للعامل بتعديه لكان ذلك حاملاً له على التعدي ليستقل بالربح ، ولهذا قلنا : إن كل من أخذ المال للتنمية فتعدى فيه كالوكيل والمبضع معه فالغرم عليه والربح لربه وأما المقارض فالربح لهما على شرطهما ، وقد صرح المصنف رحمه الله بإطراد هذا بقوله :

وَكَذَلِكَ كُلُّ تَعَدٍّ فِيهِ

وكل من أخذ مالا على الأمانة وتعدى فيه فالربح له فقط كالمودع .

ابن عبد السلام : وذهب بعضهم إلى أن العامل يجب له الربح كله في مسائل الضمان بسبب المخالفة ؛ لأنها توجب انتقال مال القراض إلى ذمته ، وذلك موجب لكونه مالكا للربح .

تنبيه :

ذكر ابن يونس عن بعض القرويين أنه إذا باع سلع القراض المأذون في شرائها بضمن إلى أجل ، أنه قال : يباع الدين على مذهب ابن القاسم ، ويضمن ما خسر .

وفي «الموازية» : إذا أسلم في طعام ، أنه يغرم رأس المال ، ويستأنى بالطعام حتى يقبض ، فإن كان فيه ربح اقتسماه ، وإن أسلم في غير الطعام لم يجز أيضاً ، وبيعت السلعة بعد أن يقبض بنقد ، وإن كان فيها فضل فهو بينهما ، وإن كان فيها نقصان غرمه العامل .

أَمَّا لَوْ نَهَاهُ عَنِ الْعَمَلِ قَبْلَ الْعَمَلِ فَاشْتَرَى فَكَالْوَدِيعَةِ لَهُ رِبْحُهَا وَعَلَيْهِ غُرْمُهَا بِخِلَافِ مَا لَوْ نَهَاهُ عَنِ سَلْعَةٍ فَاشْتَرَاهَا ...

أتى بـ(أما) المقتضية للتفصيل ، يعني أن ما قدمه من الربح بينهما في كل تعدد إنما هو إذا لم ينهه قبل العمل عن العمل ، وأما لو نهاه عن العمل قبل العمل فإن المال يبقى تحت

(١) «المدونة» (١٢/١٠١) .

يده حينئذ كالمودع ؛ لأنه ليس للعامل أن يعمل به ؛ لأن عقد القراض منحل ، فلذلك يستقل العامل في هذه الصورة : بالريح ، هكذا قال في «المدونة»^(١) و «الموازية» و «الواضحة» ، وقيد ذلك ابن حبيب ، فقال : ما لم يقر أنه اشترى السلعة للقراض فالريح على القراض وهو ضامن ؛ أي : لأن العامل التزم لرب المال نصيبه من الريح فيلزمه الوفاء به .

ابن عبد السلام : وفي ذلك نظر لاحتمال أن يقال : إنما التزم العامل ذلك إلا على شرط عدم الضمان ، والله أعلم .

قوله : (بِخِلَافِ مَا لَوْ نَهَاهُ عَنْ سَلْعَةٍ فَاشْتَرَاهَا) أي : فلا يستبد بالريح ؛ لأنه مأذون له في حركة المال فلم يكن له أن يستقل بربحه .

وَلَهُ السَّفَرُ عَلَى الْأَصْحِ مَا لَمْ يَخْجُرْ

الأصح مذهب «المدونة» وهو المشهور ، ووجهه أن عقد القراض يقتضي الإطلاق ، والأصل عدم التقيد ، ومقابلة لابن حبيب قال : لا يخرج من بلد رب المال إلا بإذنه .

وقال سحنون : ليس له أن يسافر بالمال اليسير سفراً بعيداً إلا بإذن ربه ، واعتبر اللخمي هنا قرائن الأحوال إن كان شأن العامل السفر فله السفر ، وإن لم يكن ذلك من شأنه فليس له ذلك ، فإن قلت : لم جاز له السفر في الإطلاق ولم يجز له في الإطلاق البيع بالدين ، والسفر والدين مقصودان للتنمية ؟

قيل : لأنه في السفر يخرج معه فلم يتهم في التغيرير بالمال .

وقوله : (مَا لَمْ يَخْجُرْ) هو قيد في الأصح وهو ظاهر المذهب ، ومالك في «الموازية» : لا يصلح أن يشترط عليه ألا يسافر به والحجر على الأول مقيد بأن لا يكون استغل المال .

ابن عبد السلام : في سلع تصلح للسفر ، قاله مالك في «المدونة»^(٢) . انتهى .

والذي في «المدونة»^(٣) : يعني وإن لم يشترط ذلك ، فليس له أن ينهيه عن السفر إذا

استغل المال .

(١) «المدونة» (١٢/١٠١) .

(٢) «المدونة» (١٢/١٠١) .

(٣) «المدونة» (١٢/١٠٢) .

ابن القاسم : ولو هلك رب المال بعد أن تجهز به فليس لورثته منعه وهم في ذلك كوكيلهم .

وفي «الموازية» : إذا قام غرماء رب المال بعد أن تجهز بالمال وأمكن بيع السلع ، بيعت وأخذ ذلك الغرماء ، وكذلك إن كان ذلك عيناً فلهم أخذه ، وأماً غرماء العامل فلا شيء لهم إلا بعد وصول المال إلى ربه .

بعض القرويين : والأشبه أيضاً ألا يكون لغرماء رب المال ذلك ، كما لم يكن له هو أن يأخذ المال في غير البلد ، وكذلك لو لم يشتري بالمال شيئاً بعد خروجه ، فلا يكون له ولا لغرمائه أخذ شيء من المال منه . انتهى .

وكذلك قال ابن عبد السلام : الذي قال في «الموازية» في غرماء العامل واضح ، وما قاله في غرماء رب المال مشكل ، وظاهره خلاف «للمدونة» فتأمله .

فرع :

قال في «المدونة»^(١) : ويجوز لرب المال أن يشترط على العامل أن لا ينزل بطن واد ، ولا يمشي بليل ، ولا يبتاع سلع كذا ، ولا يحمله في بحر ، فإن فعل شيئاً من ذلك ضمن ، وقاله الفقهاء السبعة .

وَلَهُ أَنْ يَزَارِعَ وَيَسَاقِي مَا لَمْ يَكُنْ مَوْضِعَ ظُلْمٍ فَيَضْمَنُ

يعني : وللعامل أن يدفع الزرع من مال القراض ليزرع ويساقي ؛ لأن ذلك من أنواع التنمية ، فيكون له كغيره من وجوه التنمية ، وجعل له في «المدونة» أن يشتري الأرض ويكرها .

وفي «العتبية»^(٢) لابن القاسم في من أخذ قراضاً فاشتري به داراً فأكراها ، فنما المال أو نقص : أراه متعدياً ضامناً .

بعض القرويين : انظر الفرق بين هذا وبين أن يشتري بذراً ويزرع ، وهل ذلك اختلاف قول ؟ وكيف إن اشترى حيواناً طلباً لنسله أو باع للكرء ؟ وهل يقال : إن هذا لا يقصده الناس في الغالب ؛ لأنهم يقصدون التجرة ؟

(١) «المدونة» (١٢/١١٦) .

(٢) «البيان والتحصيل» (١٢/٤١٣) .

قوله : (مَا لَمْ يَكُنْ مَوْضِعُ ظُلْمٍ) هذا إنما صرح به في « المدونة »^(١) في المزارعة ، لكن لا فرق بينهما وبين المساقاة ، فظاهر كلام المصنف أنه بمجرد كون الموضع موضع ظلم يضمن ، وفي « المدونة »^(٢) : إن خاطر به في موضع ظلم أو غرر يرى أنه خطر فهو ضامن .
 فزاد : المخاطرة ، وقد يكون الموضع موضع ظلم ، ولا يعد الزارع مخاطراً لوجهته أو نحو ذلك ، وإذا ضمنناه بالتعدي لمخاطرته في موضع الظلم ، فلا فرق بين أن تكون الخسارة من سبب الزرع أو من سبب الظلم ، قاله اللخمي ؛ لأنه متعدد في أصل فعله .

وَلَا يَشْتَرِي بِنَسِيئَةٍ وَلَوْ أذِنَ لَهُ

أي : (وَلَا يَشْتَرِي) العامل (بِنَسِيئَةٍ وَلَوْ أذِنَ لَهُ) رب المال في ذلك ، وجعلوا اشتراءه بالنسيئة مخالفاً لبيعه بها ؛ لأن البيع بهما يجوز إذا أذن له رب المال في ذلك ، والشراء بها لا يجوز ولو أذن ، لأن بيعه بالدين إنما يلزم منه تعريض المال للتلف ، وهو من حق رب المال فقط ، فلذلك كان له بخلاف الشراء ، فإنه إذا اشترى بالدين فضمناه من العامل والربح له ، قال ابن المواز وغيره : ولا ربح لرب المال ؛ لنهي النبي عليه السلام عن ربح ما لم يضمن^(٣) .

وَيَبِّعُ بِالْعَرَضِ

أي : أن ذلك من التجر المأذون له فيه ؛ فإن قيل : العامل في هذا يشبه المفروض وقولهم : إنه لا يبيع بالدين يقتضي أنه يلحق بالوكيل المخصوص .

قيل : المختار أنه كالوكيل المخصوص وعليه تدل مسائلهم إلا أنه وسع له في النظر فلذلك جاز له أن يبيع بالعرض .

وَيَرُدُّ بِالْعَيْبِ وَإِنْ أَبَى الْمَالِكُ

يعني : إن اشترى العامل سلعة من المال ثم اطلع على عيب فله أن يرده بسبب العيب ، وإن لم يرض المالك لتعلق حق العامل بالزيادة ، وهذا مقيد بقيدتين :

(١) « المدونة » (١٢/١١٩) .

(٢) « المدونة » (١٢/١١٩) .

(٣) أخرجه الترمذي (١٢٣٤) والنسائي (٤٦١١) وفي « الكبرى » (٥٠٢٧) وأحمد (٦٦٧١) والدارمي (٢٥٦٠) وابن حبان (٤٣٢١) والحاكم (٢١٨٥) والطيالسي (٢٢٥٧) والبيهقي =

أحدهما - وهو غير خاص بهذه المسألة: أن يكون ذلك على وجه النظر من العامل ، وإن حابى فهو متعد ، يريد فيجوز ذلك مما يحمله نصيب العامل ، قاله في « المدونة » (١) ، وكذلك قال : إذا باع العامل سلعة قطعت عليه بعبء فحط من الثمن أكثر من قيمة العيب أو أقل أو اشترى سلعة من ولده أو ولد ولده فما كان من هذا نظراً من غير محاباة جاز .

ثانيهما : أن يشتري هذا المعيب ببعض مال القراض ، ويدل على هذا القيد قبوله .

فَلَوْ كَانَ الثَّمَنُ جُمْلَةً الْمَالِ فَلِلْمَالِكِ قَبُولُهُ

لأن من حجة رب المال أن يقول : أنت لو رددته لنض المال ، وكان لي أخذه ، وهكذا قال في « المدونة » (٢) ، وقيد أبو عمران بما إذا لم يكن ثمن هذا المعيب إذا أعاد إلى يده ، ولا يمكن لرب المال أن يقول : أنت لو رددت لكان لي أخذ الثمن .

وَلَا يَشْتَرِي مِنْ رَبِّ الْمَالِ

أي : لا يشتري العامل من رب المال سلعاً ، وهذا مقيد بأن يشتري منه سلعاً للقراض ، وأما إن اشترى لنفسه فجاز ، نص عليه في « العتبية » (٣) ، وظاهر كلامه المنع من ذلك ، وظاهر « المدونة » وهو نص « الموازية » : الكراهة ، ففي « المدونة » (٤) : لا يعجبني لأنى أخاف إن صح هذا من هذين ألا يصح من غيرهما .

ولمالك في « الموازية » و « الأسدية » : الجواز إذا صح الأمر بينهما .

قال صاحب « البيان » (٥) : والخلاف في هذا عندي إنما يرجع إلى التصديق في وقوع الأمر بينهما على الصحة فلم يصدقهما في « المدونة » ، وصدقهما في « الموازية » .

قال : وهذا عندي إنما هو إذا وقع الشراء من رب المال قبل أن يعمل فيه العامل ، وأما إن وقع الشراء منه بما نض بيد العامل من سلع القراض فيصدقان اتفاقاً .

= في « الكبرى » (١٠١٩٩) من حديث عبد الله بن عمرو - رضي الله عنهما ، وصححه

الألباني - رحمه الله - .

(١) « المدونة » (١٢/١٢٠) .

(٢) « المدونة » (١٢/١٢١) .

(٣) « البيان والتحصيل » (١٢/٣٢٠) .

(٤) « تهذيب المدونة » (٣/٢٠٥) .

(٥) « البيان والتحصيل » (١٢/٣٢٠) .

واختار اللخمي الجواز في شراء اليسير دون الكثير ، وجعله في « البيان »^(١) ثالثاً .
واختلف قول مالك في صرف العامل من رب المال ، كاشترائه منه وهل الكراهة خشية
المحابة لرب المال فيؤثر ذلك نقصاً في المال يحتاج العامل إلى جبره بالربح ، ولأن ذلك
ذريعة إلى المقارضة بالسلع ؛ لأن رأس المال راجع إلى يده ولم يدفع إلا سلعاً تعليان
للأصحاب ، ويرد الثاني لمساواة ملك الصرف للشراء .

فرع :

وأما عكس ما ذكره المصنف ، وهو اشتراء رب المال من العامل ففي « الموطأ »^(٢) : لا
بأس به إذا كان صحيحاً على غير شرط ، وأشار بقوله : « صحيحاً » إلى دفع قصد
التوصل إلى أخذ شيء من الربح قبل المفاصلة وسواء كان شراؤه بنقد أو إلى أجل ، قاله
ابن القاسم ، فإن اشترى سلعته ليأخذها من القراض فقال ابن القاسم : لا خير فيه ، فإن
اشترى العامل بعض القراض ، فإن كان مع استدامة القراض جاز نقداً ، ولا يجوز إلى
أجل ، وأجازه الليث ويحيى بن سعيد إلى أجل أيضاً ، وإن كان عند التفاضل جاز بالنقد،
وأما بالتأخير فثلاثة أقوال : منعه مالك .

قال ابن حبيب : وأجازه أصحاب مالك حاشا ما قاله ابن القاسم .

والثالث : الفرق بين أن يكون بمثل رأس المال فأقل ، فيجوز أو بأكثر من رأس المال فلا
يجوز ، قاله عيسى عن ابن القاسم .

والظاهر ما حكاه ابن حبيب عن ابن القاسم : الكراهة فيكون رابعاً .

وَلَا بِأَكْثَرَ مِنْ رَأْسِ الْمَالِ

أي : ولا يشتري بأكثر من المال ، ولو كان من عند غير رب المال ؛ لأنه يضمن ما زاد
في ذمته ويكون في القراض ، قال في « المدونة »^(٣) : ولا خير فيه ، أما لو اشترى الزائد
لنفسه ، فإنه يكون شريكاً كما تقدم .

(١) « البيان والتحصيل » (١٢/٣٢٠) .

(٢) « الموطأ » (٢/٦٨٨) .

(٣) « تهذيب المدونة » (٣/٢٠١) .

وَلَوْ اشْتَرَيْتَ مِنْ يَعْتَقُ عَلَى رَبِّ الْمَالِ وَهُوَ عَالِمٌ فَإِنْ كَانَ مُوسِراً عَتَقَ وَغَرَمَ ثَمَنَهُ لَضَمَّانَهُ بِالْتَعَدِّيِّ وَوَلَاؤُهُ لِرَبِّ الْمَالِ ، وَإِنْ كَانَ مُعْسِراً بَيْعَ بِقَدْرِ رَأْسِ الْمَالِ وَحِصَّةِ الرَّبْحِ وَعَتَقَ الْبَاقِي ...

يعني : لو اشترى العامل بمال القراض من يعتق على رب المال ، فإما أن يكون عالماً أو غير عالم ، وسيأتي الكلام على غير العالم ، والمراد بالعالم : بأنه قريب لرب المال .

ابن عبد السلام : وهذا هو العلم المشروط في هذا الفصل ، لا علمه بأن الحكم الشرعي إعتاقه ، فإن العلم بالحكم والجهل لا أثر له عندهم هنا ، وللعالم حالتان : عسر ويسر ، فإن كان موسراً عتق العبد وغرم العامل ثمنه وحصته ربحه ، أي الربح الحاصل قبل الشراء كما لو كان رأس المال مائة ، وتجرب فيه حتى صار مائتين ، ثم اشترى بهما العبد ، فإن العامل إنما يغرم رأس المال وحصته رب المال من الربح ، وذلك مائة وخمسون فقط ، ولا يغرم الربح الحاصل في نفس العبد ، قاله ابن رشد^(١) وغيره .

وقوله : (لَضَمَّانَهُ بِالْتَعَدِّيِّ) علة لغرمه الثمن .

(وَوَلَاؤُهُ لِرَبِّ الْمَالِ) لأن العامل كأنه التزم عتقه ، وإنما غرم العامل بالتعدي ، وإن كان معسراً ، فقال المصنف تبعاً « للمدونة » : يبيع منه بقدر رأس المال وحصته الربح ، وعتق الباقي ، أي الربح الكائن قبل شرائه ؛ لأن الربح فيه إذ لا يمكن رب المال ربح في من يعتق عليه بخلاف ما إذا اشترى العامل من يعتق عليه وهو عالم ، فإن لم يوجد من يشتري إلا جميع العبد فإن جميعه يباع وكذلك لو لم يوجد من يشتري برأس المال وحظ ربه من الربح لا أكثر من حظه في العبد ، فإنه يباع على نحو ما وجد لوجوب تقدم حق رب المال في ذلك العبد ، وحصل في « المقدمات »^(٢) في هذه المسألة ستة أقوال :

الأول : ما ذكره المصنف ، وهو المشهور .

الثاني : أنهم يعتقون على رب المال ، وهذا القول يأتي على ما في كتاب الرهون في بعض الروايات .

الثالث : أن البيع لا يجوز على ما في العتق الثاني في الأب يشتري من يعتق على ابنه الصغير .

(١) « المقدمات » (٢/٢٠٠) .

(٢) « المقدمات » (٢/٢٠٠) .

الرابع : أنه لا يعتق على كل واحد منهما ، وهو قول ابن القاسم في أصل سماعه .
الخامس : أنه يضمن الثمن ويكون العبد له ، وهو قول مالك في رواية ابن أبي أويس .
السادس : أن رب المال بالخيار ، إن أحب أن يأخذه ويعتقه عليه ويكون للعامل فضله
إن كان فيه فضل ، وإن أحب أن يضمن العامل بتعديه كان ذلك له ، وعن أشهب إن كان
في العبد ربح أعتق منه قدر ذلك وبيع الباقي .

اللخمي : وهو أحسن ولا يعتق عليه ؛ لأنه وكيل لغيره ويعتق الفاضل ؛ لأن العامل
مقر أنه لم يشترط لنفسه فيعتق ذلك القدر من باب لا ضرر ولا ضرار ، ونقل ابن يونس
عن ابن القاسم قولاً آخر : إن العامل إذا كان معسراً وهو عالم يعتق عليه ويتبع بالثمن .

وَإِنْ كَانَ كَانَ غَيْرَ عَالِمٍ عَتَقَ عَلَى رَبِّ الْمَالِ وَلِلْعَامِلِ عَلَيْهِ حِصَّةٌ رِبْحِهِ

هذا مذهب « المدونة » ونظراً لدخوله في ملك رب المال ، ولم يكن على العامل شيء
لعدره بعدم علمه .

قال في « المقدمات » (١) : ولابن القاسم قول ثان في أصل سماعه : إنهم لا يعتقون على
واحد منهما ، وعلى المشهور فإن كان رب المال معسراً ، فقال بعض الشيوخ : حكمه حكم
العبد بين الشريكين يعتق أحدهما نصيبه وهو معسر ، فيبقى حظ العامل هنا في العبد ملكاً
له ، أما إن ادعى رب المال أن العامل عمد لشرائه بمعرفة وأنكر العامل ، فالقول قول
العامل .

وَلَوْ اشْتَرَى مِنْ يَعْتَقُ عَلَيْهِ وَهُوَ عَالِمٌ فَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ : إِنْ كَانَ فِي الْمَالِ فَضْلٌ وَهُوَ
عَالِمٌ مُوسِرٌ عَتَقَ عَلَيْهِ بِالْأَكْثَرِ مِنْ قِيَمَتِهِ أَوْ ثَمَنِهِ ، وَإِنْ كَانَ غَيْرَ عَالِمٍ فَبِقِيَمَتِهِ ، وَقَالَ الْمُغِيرَةُ :
بِقِيَمَتِهِ فِيهِمَا ، فَإِنْ كَانَ مُعْسِراً بَاعَ بِمَا وَجَبَ لَهُ ، وَعَتَقَ الْبَاقِي وَإِنْ لَمْ يَكُنْ فَضْلٌ لَمْ يَعْتَقِ
شَيْئاً ، وَقِيلَ : يَعْتَقُ فِي الْيَسَارِ ...

أي : ولو اشترى من يعتق عليه ؛ كما لو اشترى العامل ولده ، فإذا أن يكون عالماً أو
لا ثم كل من الصورتين إما أن يكون العامل موسراً أو لا ، صارت أربعة ، ثم إما أن
يكون في العبد فضل أم لا ، صارت ثمانية ، وقد تكلم عليها صاحب « المقدمات » (٢)

(١) « المقدمات » (٢/٢٠١) .

(٢) « المقدمات » (٢/٢٠٢) .

والغرض الآن حل كلام المصنف ، فذكر أن العامل يعتق العبد عليه إن كان في المال فضل ؛ لأنه حينئذ تتحقق له فيه الشركة فيعتق عليه ما ملكه منه ويكمل عليه .

وقول المصنف ثانياً : (وَهُوَ عَالِمٌ) تكرر ؛ إذ المسألة مفروضة مع العلم ، (عَتَقَ عَلَيْهِ) أي : على العامل بالأكثر فتعلق بعنقه ، ويحتمل بمحذوف أي وأخذه رب المال بالأكثر ؛ لأنه إن كان الثمن أكثر ، فقد أتلفه على رب المال لغرضه في قريبه ، وإن كانت القيمة أكثر فلأنه مال أخذه لينمي له لصاحبه فليس له أن يختص بربحه وحيث ما ذكرت هنا القيمة فإنما يعتبر يوم الحكم .

وقوله : (وَإِنْ كَانَ غَيْرَ عَالِمٍ) أي : العامل ؛ يريد : وفيه ربح عتق عليه أيضاً ، كالعالم ولا يفترق الحكم هنا بالعلم ، وإنما يفترق فيما على العامل ، فهنا عليه الأكثر تقدم ، وهنا إنما عليه القيمة ، وظاهر كلام المصنف أنه يغرم جميع القيمة ، وليس كذلك ، بل يعتق على العامل نصيبه من الفضل وعليه لربه ما ينوبه من قيمته من رأس المال وربحه كحكم العبد بين الشريكين يعتق أحدهما نصيبه منه وهو موسر ، وقال المغيرة : بقيمته ، أي ما ينوبه من قيمته يوم الحكم فيهما ، أي في صورتَي العلم وعدمه .

وقوله : (فَإِنْ كَانَ مُعْسِراً) أي : العامل يبيع من العبد بما وجب له أي لرب المال وسواء كان العامل عالماً أو غير عالم نص على ذلك في « المدونة » (١) وغيرها .

وقوله : (بِمَا وَجَبَ لَهُ) قاله صاحب «المقدمات» وغيره ، ما يريد يوم الحكم ، مثال ذلك أن يشتريه بمائتين ورأس المال من ذلك مائة ، وقيمته يوم الحكم مائة وخمسون ، فإنما يباع له بمائة وخمسة وعشرين ، ويعتق الباقي ويتبعه في ذمته بخمسة وعشرين .

وقوله : (وَإِنْ لَمْ يَكُنْ فَضْلٌ لَمْ يَعْتَقْ شَيْئاً) هذا قسيم قوله أولاً : (إِنْ كَانَ فِي الْمَالِ فَضْلٌ لَمْ يَعْتَقْ شَيْئاً) لأنه لا يملك شيئاً .

ابن راشد : ولا خلاف في ذلك إذا كان العامل معسراً أو إن كان موسراً ، فقال المغيرة : ما قدمه المصنف لا يعتق عليه منه شيء ، وهو قياس قول غير ابن القاسم في الذي يشتري بمال القراض عبداً فيعتقه ولا فضل في ثمنه لأنه لا يعتق ، ولا فرق بين أن يشتري بمال القراض من يعتق عليه وهو عالم أو يشتري به عبداً فيعتقه ، والمشهور هو القول الثاني :

(١) « المدونة » (١٢/١٢٢) .

أنه يعتق عليه ، وإن كان قد علم وهو مليء عتقوا عليه ، زاد ابن يونس : كان فيه فضل أم لا ، وكذلك ذكر في « المقدمات » (١) : أن الحكم عتقه عليه في اليسار ، ويؤدي لرب المال الأكثر من قيمته يوم الحكم أو من الثمن الذي اشتراه به .

وَلَوْ وَطِئَ أُمَّةَ الْقِرَاضِ فَعَلَيْهِ قِيمَتُهَا يَوْمَ الْوَطْءِ إِنْ شَاءَ رَبُّ الْمَالِ ، فَإِنْ كَانَ مُعْسِراً بِيَعَتْ وَأُتْبِعَ بِالْبَاقِي .

فإن اشترى العامل بمال القراض جارية للقراض ، وهو معنى قوله : (أُمَّةَ الْقِرَاضِ) وفي بعض النسخ : (جَارِيَةٌ مِنَ الْقِرَاضِ) فإن كان موسراً خير ربُّ المال فإن شاء ألزمه قيمتها يوم الوطاء ، وإن شاء أبقاها على القراض ، وإن كان معسراً فكذاك ؛ إلا أنه رضي بالزامه قيمتها إذا بيعت عليه الجارية في تلك القيمة ، فإن لم يوف ثمنها بالقيمة اتبعه بما بقي من قيمتها ، قاله مالك في « الموازية » : وعنه أيضاً فيها أنه إن كان عديماً ، بقيت بحالها ولا تباع ، هكذا حكى جماعة .

ابن عبد السلام : وظاهر كلام المصنف ما ذكر من تخيير رب المال بين إبقائها وأخذ قيمتها ، وقال بعضهم : يخير في أخذ القيمة أو الثمن الذي اشترى به ، وإلزام العامل الثمن من هنا يفيد ؛ لأن الفداء لم يكن عليه إذا أسلم له رب المال أنه اشتراها للقراض أو قامت على ذلك بينة ، وظاهر كلام هذا القائل أنه لا يكون لربها ردها في القراض ، وهو بعيد أيضاً بعد تسليم أن فرض المسألة على الوجه الذي ذكرنا . انتهى .

وهذا إنما هو إذا لم تحمل ، فإن حملت فقد نبه عليه المصنف بقوله :

فَإِنْ أَحْبَلَهَا فَهِيَ أُمٌّ وَلَدٌ وَعَلَيْهِ قِيمَتُهَا يَوْمَ الْوَطْءِ ، وَقِيلَ : يَوْمَ الْحَمْلِ ، وَقِيلَ : الْأَكْثَرُ مِنْهُمَا ، وَقِيلَ : وَمِنَ الثَّمَنِ ، فَإِنْ كَانَ مُعْسِراً فَلَهُ ذَلِكَ إِنْ شَاءَ فِي ذِمَّتِهِ ، وَإِلَّا فَمِنَ الْمَالِ إِنْ كَانَ فِيهِ فَضْلٌ لِذَلِكَ كُلِّهِ ، وَإِلَّا بِيَعَتْ كُلُّهَا وَأُتْبِعَ بِمَا بَقِيَ ، وَفِي إِتْبَاعِهِ بِنَصِيْبِهِ مِنْ قِيَمَةِ الْوَلَدِ قَوْلَانٌ ...

(أَحْبَلَهَا) أي وهو موسر لمقابلة ذلك بالمعسر ، (فَهِيَ) له (أُمٌّ وَلَدٌ) : لأنه وطء بشبهة .

(وَعَلَيْهِ قِيمَتُهَا يَوْمَ الْوَطْءِ) هو لمالك في « الموازية » من رواية ابن القاسم والقول الثاني والثالث لم أرهما منصوصين ، والرابع لابن المواز ، ومعناه أن على العامل الأكثر من ثلاثة

أشياء وهي : قيمتها يوم الوطاء أو يوم الحمل أو الثمن ، ولابن حبيب قول آخر عليه الأكثر من ثمنها أو من قيمتها يوم الوطاء .

قوله : (فَإِنْ كَانَ مُعْسِراً) أي : أحبلها وهو معسر .

(فَلَهُ ذَلِكَ) أي : قيمتها يوم الوطاء أو يوم الحمل أو الأكثر على الخلاف المتقدم .

(وَأِلاَ) أي : وإن لم يرد رب المال أتباعه بذلك ولا كان في المال فضل بها بيعت كلها ، فإن كان ثمنها مثل ما لزمه فلا كلام ، وإن كان أقل اتبع بالباقي ، وظاهر كلام المصنف أنها تباع أيضاً كلها ، وإن كان ثمنها أكثر ، وليس كذلك ، بل في « الجواهر » (١) : وهو المنقول عن سحنون وغيره هنا : إنما يباع منها بقدر رأس المال وحصه ربه من الربح ، ويبقى الباقي بحساب أم ولده ، وهكذا نقل ابن يونس وغيره عن سحنون .

وحكى صاحب « الاستذكار » (٢) عنه أنه قال : أرى أن تباع عليه إلا أن يكون فيها فضل فيباع منها بالقيمة ، ويكون الباقي بحساب أم ولده .

ابن عبد السلام : والنقل الأول أصح ، وما ذكره المصنف من بيعها هو المشهور ، وروي عن مالك في « الموازية » أنه يتبع بالثمن ديناً في ذمته ولا تباع .

سحنون : وليس بمعتدل ، وروى أبو زيد أنه لا يقبل قوله في عدمه أنه ابتاعها للقراض ، ويتهم على بيع أم ولده إلا أن يقيم شاهدين بذلك .

وقوله : (وَفِي إِتْبَاعِهِ بِنَصِيهِ مِنْ قِيَمَةِ الْوَلَدِ قَوْلَانِ) الضمير في (إِتْبَاعِهِ) يحتمل أن يعود على رب المال من إضافة المصدر إلى الفاعل ، أو إلى العامل من إضافة المصدر إلى المفعول ، والضمير في (نَصِيهِ) عائد على رب المال يعني : وفي إتباع رب المال للعامل بنصيه من الولد إذا كان العامل معسراً (قولان) والقول بالاتباع ليعسى .

الباجي (٣) : وهو أصل ابن القاسم ، ومقابله لابن حبيب .

الباجي (٤) : وهو جار على اختيار أشهب في من ضمنه قيمة أمة بالوطء من شريك أو مقارض أنه لا شيء عليه من قيمة ولدها .

(١) « الجواهر » (٣/٣٩) .

(٢) « الاستذكار » (٧/٢٢) .

(٣) « المنتقى » (٧/١٠٠) .

(٤) « المنتقى » (٧/١٠٠) .

فَإِنْ أَحْبَلَ مَنْ اشْتَرَاهَا لِلوِطْءِ لَا لِلْقِرَاضِ وَهُوَ مُعَسَّرٌ فَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ : يُتَّبَعُ بِالثَّمَنِ ، وَعَنْهُ : بِالْأَكْثَرِ ، وَقِيلَ : بِالْقِيَمَةِ ، وَقَالَ مَالِكٌ : تَبَاعُ كَأَمَةِ الْقِرَاضِ ، وَقَالَ الْبَاجِيُّ : لَوْ قَامَتِ الْبَيْتَةُ لَمْ تَبِعْ وَفَاقًا ...

قوله : (مَنْ اشْتَرَاهَا لِلوِطْءِ) هو قسيم قوله : (كَأَمَةِ الْقِرَاضِ) .

واحترز بقوله : (معسراً) مما لو كان موسراً فإن له حكماً آخر ، وحكمه أن ابن القاسم قال مرة : يؤخذ منه الثمن ومرة : تؤخذ منه القيمة ، فيجبر بذلك القراض وإن كان معسراً وهو الذي ذكره المصنف .

وقال ابن القاسم في « العتبية »^(١) : يتبع بالثمن .

(وَعَنْهُ : بِالْأَكْثَرِ) أي من الثمن أو القيمة ، وهذا تأوله صاحب « المقدمات »^(٢) عليه وليس منصوصاً عنه كما سيأتي .

وقوله : (بِالْقِيَمَةِ) هو لمالك ، وقال مالك : تباع كأمة القراض .

قال في « المقدمات »^(٣) : هكذا حصل بعض أهل النظر هذه المسألة ، والذي أراه أن الاختلاف في بيعها وهو عديم إنما هو إذا اشتراها ووطئ ولم يعلم هل اشترى للقراض أو لنفسه بما استلفه من القراض ، ولذلك قال : إنما تباع إذا لم يكن له مال ، وحمله ابن القاسم على أنه إنما اشتراها لنفسه بما استلفه من القراض ولم يصدقه أنه اشتراها للقراض على ما في سماع أبي زيد ، ولذلك قال : إنها لا تباع .

إلا أنه قال في سماعه وفي « تفسير ابن مزين » : يتبع بقيمتها .

ومعناه عندي : إن كانت القيمة أكثر من الثمن فأراد أنه يتبع بالأكثر من القيمة أو الثمن ، وأما إن علم أنه اشتراها للقراض ببينة تقوم على ذلك فتباع فيما لزمه من قيمتها اتفاقاً ، وكذلك إن علم أنه اشتراها لنفسه من القراض فلا تباع ، ويتبع بالثمن الذي اشتراها به في ذمته اتفاقاً . انتهى .

وقوله : (قَالَ الْبَاجِيُّ) ليس بجيد ، وإنما هو ابن رشد ، وقد ذكرنا سبب وهمه في الطلاق فانظره ، وتقدم في الرهن المواضع التي تباع فيها أم الولد ، والله أعلم .

(١) « البيان والتحصيل » (٣٤٧/١٢) .

(٢) « المقدمات » (٢٠١/٢) .

(٣) « المقدمات » (٢٠١/٢) .

وَإِنْ أَعْتَقَ وَهُوَ مَلِيٌّ مُضَى وَغَرِمَ ثَمَنُهُ وَحِصَّةَ رِبْحِ رَبِّ الْمَالِ ، وَإِنْ كَانَ مُعْسِراً بَيْعَ بِقَدْرِهِ وَعَتَقَ الْبَاقِي ...
تصوره ظاهر .

وفي «المقدمات»^(١) : إذا أعتق عبداً من عبيد القراض ، فإن كان موسراً واشتراه للعتق عتق عليه وغرم لرب المال رأس ماله وربحه إن كان فيه ربح ، وإن اشتراه للقراض وأعتقه عتق عليه وغرم لرب المال قيمته يوم العتق إلا قدر حصته منه إن كان فيه فضل ، وعلى قول غير ابن القاسم في « المدونة » وهو مذهب المغيرة إن كان فيه فضل عتق عليه نصيبه وقوم عليه نصيب صاحب المال ، وإن لم يكن فيه فضل لم يعتق منه شيء وهذا إن كان اشتراه بجميع مال القراض ، وأما إن كان اشتراه ببعضه فعند ابن القاسم أنه يعتق عليه ويجبر القراض من ماله بقيمته يوم العتق إن كان اشتراه للقراض أو بالثمن الذي اشتراه به إن كان اشتراه للعتق خلافاً للمغيرة ولغير ابن القاسم المتقدم ، وإن كان معسراً فلا يعتق منه شيء إلا أن يكون فيه فضل فيباع منه لرب المال بقدر رأس ماله وربحه ويعتق على العامل ما بقي منه ، وعلى هذا فيحمل كلام المصنف على ما إذا اشتراه للعتق لا أنه إذا اشتراه للقراض يغرم القيمة ، أما أن أعتق رب المال عبداً من عبيد القراض جاز وضمن للعامل ربحه إن كان فيه ربح ، زاد أبو زيد : وإن كان عديماً اتبع بذلك .

يحيى : ولا يعجبني ذلك ، يعني بل يباع منه بقدر ربح العامل ويعتق ما بقي .

ابن القاسم في «العتبية»^(٢) و«الموازية» : إذا كاتب العامل عبداً من عبيد القراض ، فيؤدي لرب المال رده حتى يعتق بإذنه ، وما قبض منه كالغلة ، فلو أدى عنه أجنبي صح .

قال ابن ميسر : فينفذ عتقه إن لم تكن فيه محاباة .

ابن القاسم : وإن جاز رب المال عتق المكاتب فلا شيء للعامل من ولائه إلا أن يكون فيه فضل ، فيكون له قدر حصته منه ، والله أعلم .

(١) « المقدمات » (١٩٩/٢) .

(٢) « البيان والتحصيل » (٣٦٣/١٢) .

وَلَوْ قَارَضَ مُتَعَدِّيًّا فَلَا شَيْءَ لَهُ وَلِلثَّانِي مَا شَرَطَ ، فَإِنْ كَانَ أَكْثَرَ مِنْ جُزْئِهِ غَرِمَهُ ، وَفِي تَعْيِينِ مُتَبِعِهِ مِنَ الْمُقَارِضِ الثَّانِي أَوْ رَبِّ الْمَالِ قَوْلَانِ لِابْنِ الْقَاسِمِ وَأَشْهَبَ ...

أي : (وَلَوْ قَارَضَ) العامل عاملاً آخر (مُتَعَدِّيًّا) أي : بغير إذن رب المال ؛ فلا شيء عليه ؛ أي : للعامل الأول ؛ لأن القراض كالجعل لا يصح إلا بالعمل ، ثم لمقارضته ثلاثة أحوال : وذلك لأنها إما يمثل الجزء الذي هو أخذه عليه ، وإمَّا بأقل ، وإما بأكثر ولا إشكال في المساوي ، ولذلك سكت المصنف عنه ، وإن كان أقل ؛ كما لو أخذه على النصف ودفعه على الثلث ، فذكر المصنف أنه لا شيء له ويكون الثلثان لرب المال ، وكذلك نص عليه اللخمي وابن رشد وغيرهما .

ابن عبد السلام : ولا يبعد أن يختلف فيه ويكون له الزائد لضمانه وإن كان أكثر ، كما لو أخذه على النصف ودفعه بالثلثين غرمه ، أي الزائد على جزئه ، وهو السدس في المثال المفروض ، واختلف بعد غرم هذا السدس في من يتبعه به ، فقال مالك وابن القاسم : يتبعه العامل الثاني ويكون رب المال أحق بجميع نصف الربح الموجود ؛ لأن المال له ولم يدخل إلا على ذلك .

وقال أشهب : بل العامل الثاني أحق بما دخل عليه وهو ثلثا الربح ويتبع رب المال العامل الأول بالسدس .

ومنشأ الخلاف أن الربح مضاف إلى المال وإلى عمل العامل فأيهما يغلب فالمشهور غلب المال ، وأشهب غلب العامل ؛ فإن قلت : لم جعلتم العامل في القراض لا يقارض وجعلتم ذلك للعامل في المساقاة ؟

قيل : لأن العامل في القراض مبني على الأمانة ، وقد لا يرضى رب المال الثاني بخلاف المساقاة فإنها عمل فيما لا يغاب عليه .

وَكَذَلِكَ لَوْ خَسِرَ خُسْرَانًا مُتَقَدِّمًا أَوْ كَانَ بَعْدُ

الإشارة بذلك عائدة إلى غرم العامل وتعيين متبعه .

وقوله : (خُسْرَانًا مُتَقَدِّمًا) أي على العامل وإطلاق الخسران على ما تلف قبل العمل

وقوله : (أَوْ كَانَ بَعْدُ) هو مضموم ؛ لأنه ظرف قطع عن الإضافة ، تقديره : أو كان الخسران بعد العمل ، وفي بعض النسخ : عوض (بَعْدُ) (بِتَعَدُّ) من التعدي ، والمعنيان صحيحان ، وقد ذكر في «المدونة» خلافاً لأشهب فيها ، ولنذكر كلامه في «المدونة» ليتبين لك ذلك ، ويظهر لك مثال المسألة ، فقال فيها^(١) : وكان رأس المال ثمانين فخرس الأول أربعين ثم دفع الأربعين للثاني على النصف فصارت مائة ، ولم يكن الثاني علم بذلك فرب المال أحق بأخذ الثمانين : رأس ماله ونصف ما بقي - وهو عشرة - ويأخذ الثاني عشرة ويرجع على الأول بعشرين ديناراً وهي تمام نصف ربحه على الأربعين .

قال أشهب : لا يحسب رب المال على الثاني إلا أربعين رأس المال فيأخذها ثم يأخذ نصف الربح وهو ثلاثون ، فإن كان الأول أتلف الأربعين الأولى تعدياً ، رجع عليه رب المال بتمام مائة وعشرين إلى ما أخذه ، وإن هلكت بأمر من الله تعالى رجع عليه بتمام تسعين ، وذلك عشرون ديناراً ، عشرة بقية رأس ماله ، وعشرة حصته من الربح .

وَلَوْ جَنَى الْعَامِلُ أَوْ رَبُّ الْمَالِ عَلَى الْمَالِ جَنَائَةً أَوْ أَخَذَ شَيْئاً كَانَ عَلَيْهِمَا كَأَجْنَبِيٍّ
وَالْبَاقِي عَلَى الْقِرَاضِ حَتَّى يَتَفَاصِلَا ...

يعني : (وَلَوْ جَنَى الْعَامِلُ أَوْ رَبُّ الْمَالِ) أي : أتلف أحدهما شيئاً من مال القراض أو عابه .

وقوله : (جَنَائَةً) زيادة إيضاح ، ولو أسقطها لصحَّ الكلام .

وقوله : (كَأَجْنَبِيٍّ) أي : كجناية أجنبي يتبعان به في ذمتهما كما يتبع الأجنبي .

وقوله : (وَالْبَاقِي عَلَى الْقِرَاضِ) يريد أن الباقي يكون رأس المال فقط ؛ لأنه إن كان التلف من رب المال فكأنه رضي بأن الباقي هو رأس المال ، وإن كان من غيره فتلك جناية .

قال في «المدونة»^(٢) : وليس ما استهلكه العامل من المال مثل ما ذهب أو خسر ؛ لأن ما استهلكه قد ضمنه ، ولا حصة لذلك من الربح ، وإن تسلف العامل نصف المال وأكله ، فالنصف الباقي رأس المال ، وربحه على ما شرطاً ، وعلى العامل غرم النصف فقط ، ولا ربح لذلك النصف ، وكهذه المسألة ما في المدونة أيضاً إذا كان القراض بمائة ، فاشترى به

(١) «المدونة» (١٢/١٠٥) .

(٢) «المدونة» (١٢/١٠٥) .

عبداً يساوي مائتين ، فجنى عليه رب المال جناية نقصه مائة وخمسين ، ثم باعه العامل بخمسين فعمل فيها العامل فربح مالا ، لم يكن لرب المال قبض رأس ماله وربحه حتى يحاسبه ويفاصله ويحسبه عليه ، فإذا لم يفعل فذلك دين على رب المال مضافاً إلى هذا المال .

فروع :

واختلف إذا عرض هنا فلس العامل ، فقال بعض القرويين : إذا فلس وقد كان أخذ مائة فأكل منها خمسين قبل أن يتجر ثم تجر في الخمسين الباقية فصارت مائة ، يجب على مذهب ابن القاسم أن يكون أحق بالمائة من الغرماء وتبقى عنده خمسون يحاصص فيها الغرماء ؛ لأن الربح أولى أن يجبر به رأس المال من أن يكون للعامل كما لو ضاع من المال خمسون فاتجر في الخمسين الباقية فصارت مائة ، أن رب المال أولى بها ، ألا ترى أن ابن القاسم قال في الذي دفع إليه ثمانين فضاع منها أربعون فدفعها إلى غيره ، فتجر فيها فصارت مائة : إن رب المال يأخذ الثمانين ويكون أولى بها من العامل الثاني ثم يأخذ نصف الربح عشرة والعامل الثاني هنا أكد من الغرماء ؛ لأنه هو تم المائة فلم يجعلها أحق بجزئه من الربح لما كان رب المال جبر ما كان في ماله من الخسارة .

وقال غيره : بل يأخذ من المائة التي بيده خمسين رأس المال وخمسة وعشرين حصته من الربح ويحاصص في الخمسة والعشرين بقية الربح بالخمسين التي عليه ، وذلك بخلاف ضياع الخمسين ؛ لأن رب المال لا رجوع له على الذي ضاعت له الخمسون وله على الذي أكلها الرجوع بها فافترقا ، وكذلك العامل في الأربعين له الرجوع على العامل الأول ، فلذلك كان رب المال أولى بجبر رأس ماله منه .

ابن يونس : والأول أصوب ، ومنشأ الخلاف ما تقدمت الإشارة إليه من إضافة الربح للمال أو للعمل وإليهما يغلب .

وَلِكُلِّ مِنْهُمَا فَسْخُهُ قَبْلَ الْعَمَلِ

يعني : أن عقد القراض منحل ، (وَلِكُلِّ) من العامل ورب المال (فَسْخُهُ) أي : رده والرجوع عنه ، وإذا كان العقد غير لازم فلا يطلق عليه الفسخ إلا بطريق المجاز والعلاقة هي مشابهة هذا للعقد اللازم ، وهذا هو المعروف ، وحكى المازري في التعليقة قولين :

أحدهما : أنه لازم بالعقد لهما .

والثاني : أنه لازم لرب المال فقط .

فإن قلت : ما الفرق بينه على المعروف وبين المساقاة ، فإنكم جعلتموها لازمة بالعقد ؟
 قيل : لأن القراض لما لم يكن مؤقتاً شابه الجعل ، والمساقاة لما كانت مؤقتة شابهت
 الإجارة ؛ ولأن القراض شبيه بإجارة كل شهر أو كل سنة ، والمساقاة لما كانت مؤقتة كانت
 كالإجارة المؤقتة لشدة الحاجة في المساقاة .

وَيَلْزَمُ بَعْدَهُ حَتَّى يَنْضَ وَيَبْعَدَ الظَّنِّ

أي : ويلزم عقد القراض كلاً منهما بعد العمل (حَتَّى يَنْضَ) أي : يرجع المال عيناً ،
 وكذلك بعد الظن في السفر وإن لم يشرع في العمل .

وقوله : (حَتَّى يَنْضَ) أي : جميع المال ، ولو نض بعضه لم يكن له أن يفاضله .

ومثلُ الزَّادِ وَالسُّفْرَةِ لَا يُمْنَعُ

أي : إذا اشترى العامل زاداً أو سفرة لا يمنع ذلك من الانحلال لرب المال وللعامل ،
 والذي في «الموازية» : أن ذلك لرب المال فقط ، ولا يصح القياس ؛ لأننا لو جعلنا للعامل
 الانحلال لضر ذلك برب المال بسبب ما صرف من ماله في السفرة والزاد ، اللهم إلا أن
 يحسب العامل ذلك على نفسه ويرد الثمن الذي اشترى ذلك به ، لكن كلام المصنف لا
 يؤخذ منه هذا ، والله أعلم .

وَإِذَا اسْتَنْضَ بَعْدَ الْعَمَلِ نَظَرَ الْحَاكِمُ فَأَخْرَهُ إِنْ كَانَ نَظَرًا وَإِلَّا فَلَا

فاعل (استنض) عائد على رب المال ، أي وإذا طلب رب المال نضوض ماله بعد اشتراء
 العامل بالمال سلعاً ، فإن وافقه العامل فلا كلام ، وإن خالفه وطلب التأخير نظر الحاكم
 فأخره إن كان نظراً ، أي يرتجى له سوقاً ونفاقاً ، وإن لم يكن نظراً فليأمره بالبيع .

وَلَوْ مَاتَ الْعَامِلُ فَلِلْوَرِثَةِ الْإِتْمَامُ بِخِلَافِ الْمُسْتَأْجِرِ الْمُعَيَّنِ ، فَإِنْ لَمْ يُؤْمِنُوا أَتَوْا بِأَمِينٍ
 وَإِلَّا سَلَّمُوا وَلَا رِبْحَ لَهُمْ ، وَوَلِيُّ الْوَارِثِ كَذَلِكَ

يعني : وللورثة الإتمام بشرطين : الأول أن يكونوا أمناء أو أتوا بأمين ، وإليه أشار
 بقوله : (فإن لم يؤمنوا أتوا بأمين) والثاني : أن يقرروا على العمل ويأتوا بمن هو كذلك .

قال في «النوادر»^(١) : وقال أحمد : ويكون بصيراً بالبيع والشراء ، انتهى .

يريد : في حذف الميت وينبغي أن يكون وفاقاً بخلاف المستأجر المعين فإنه إذا استأجر شخصاً معيناً ثم مات فإن الإجارة تنفسخ ، فإن قيل : الفرق بينهما غير واضح بدليل منعهم العامل أن يعطي المال لغيره ، قيل : لأنه لما كان القراض كالجعل لا يستحق العامل فيه شيئاً إلا بالإتمام ارتكب فيه أخف الضررين ، وهو تمكينهم من العمل بخلاف الأجير فإنه إذا مات بعد الشروع في العمل يجب للورثة بحساب ذلك من الأجرة .

قوله : (وَالْإِذَا سَلَّمُوا وَلَا رِبْحَ لَهُمْ) أي : فإن لم يكونوا أمناء ولا أتوا بأمين سلموا المال ولا ربح لهم ، وهذا هو المنصوص في «المدونة» وغيرها ؛ كما في الجعل إذا عجز فيه المجعول له ، وقيل : يجب إذا أتم رب المال بقية العمل وانتفع بعمله أن يكون لورثة العامل بقدر ذلك كما قالوا في الجعل لمن يحفر البئر فيها لا يملك إذا ذهب الحافر بعدما حفر نصفها ، ثم أتى رب البئر بحافر آخر فحفر بقيتها ، يقال : ما يجب للثاني يوم حفرها على جملةتها ؟ فإن قالوا : عشرة ، فإن كان الأول حفر نصفها كان له خمسة .

قال في «المستخرجة» : وسواء كان جعل الأول فيها خمسة أو عشرة أو عشرين فإنما له قدر ما انتفع به رب البئر فيما حط عنه من أجرة الثاني .

ابن يونس : وفيه بعد ، إذا كانت أجرة الأول خمسة ، وأجرة الثاني عشرين يأخذ الأول عشرة أكثر من أجره أولاً في جميعها .

ولو قيل : إنما يكون له حصة حفر فيها من جعله الأول لكان صواباً ، والله أعلم ، وكذلك في موت العامل .

وقوله : (وَوَلِيُّ الْوَارِثِ كَذَلِكَ) أي : ولي الوارث المولى عليه كالوارث غير المولى عليه ينظر الولي لمحجوره في المصلحة في ترك تمام العمل أو يستأجر له من يتمه .

وَلَوْ مَاتَ رَبُّ الْمَالِ - وَهُوَ عَيْنٌ - فَلَا وَلِيَّ أَنْ لَا يُحَرِّكَهُ ، فَإِنْ حَرَّكَهُ فَعَلَى قِرَاضِهِ .

احترز بالعين مما لو شغله فإنه يتمادى في العمل ، وقيد ابن يونس المسألة بما إذا كان الموت والعامل يبذل رب المال ، وأما إن كان بغيره أو ظعن منه فله العمل كما لو شغله .

(١) «النوادر والزيادات» (٧/٢٨٩) .

وقوله : (فَالأُولَى) نحوه في «الجواهر»، وإنما في «المدونة»^(١) فلا يعمل بصيغة النهي ، وظاهره المنع ، وعلى ذلك حملها اللخمي وغيره .

فإن فعل بعد علمه ضمن تجر لنفسه أو للقراض ، والربح له إن تجر لنفسه وإلا فلهم ، ويختلف إذا تجر بعد الموت وقبل العلم فخر هل يضمن لخطئه على مال الوارث أو لا ؟ لأن له شبهة ، وقال ابن القاسم في «المدونة»^(٢) : إذا اشترى بعد الموت وقبل العلم فهو على القراض ، يريد في الربح والخسران إلا أن يعلم من العامل قلة الأمانة فلا يصدق فيهما ، انتهى باختصار .

وعن ابن يونس : لمالك ما عزاه اللخمي لابن القاسم ؛ لأنه إن لم يعلم بموته حتى ابتاع سلعاً يمضي ذلك على القراض .

فإن قيل : فهل يمكن حمل كلام المصنف على ما إذا لم يعلم العامل بموت رب المال ؟ قيل : قوله : الأولى ينافي ذلك إلا مع العلم .

وَمَنْ هَلَكَ وَقَبْلَهُ قَرَأْضٌ أَوْ وَدِيعَةٌ - وَلَمْ تُوجَدْ - فَفِي مَالِهِ ، وَيُحَاصُّ غُرْمَاؤَهُ ، وَتَتَعَيَّنُّ بِوَصِيَّتِهِ ، وَتُقَدَّمُ فِي الصَّحَّةِ وَالْمَرَضِ ...

(وَقَبْلَهُ) أي عنده ، والضمير في قوله : (لَمْ تُوجَدْ) عائد على الوديعة ، ومتى كان العطف أو جاز عود الضمير على الثاني ، هكذا وعلى الأول كقوله تعالى : ﴿تِجَارَةٌ أَوْ لَهْوًا اِنْفَضُوا إِلَيْهَا﴾ [الجمعة : ١١] ، وعليهما كقوله تعالى : ﴿إِنْ يَكُنْ غَنِيًّا أَوْ فَقِيرًا فَاللَّهُ أَوْلَىٰ بِهِمَا﴾ [النساء : ١٣٥] .

(فَفِي مَالِهِ ، وَيُحَاصُّ) بذلك (غُرْمَاؤُهُ) قالوا : لأنه يحتمل أن يكون أنفقها ، ويحتمل أن يضيعها بتفريط أو غيره ، وفي الأولين يضمن ، فلما كان وجه الضمان أكثر ألزمه ، وقد قدم المصنف هذه المسألة في الوديعة وقيدها هناك بما لم يتقدم كعشر سنين .

ابن عبد السلام: وقد اختلف المذهب في عمارة ذمة المودع بذلك، ويتخرج مثله في القراض، بل عدم الضمان أولى عند بعض الشيوخ؛ لأنه مأذون له في التصرف فيحمل الخسارة، والذي يقوله هنا وهو الذي يميل إليه غير واحد من الشيوخ: إنما لا ينبغي أن تعمر ذمة العامل ولا المودع بالشك إلا أن تقوم قرائن على ضد ذلك فيعمل عليها، انتهى بمعناه.

(١) «المدونة» (١٢/١٣٠) .

(٢) «المدونة» (١٢/١٣٠) .

قوله : (وتتعيين) يعني أن الحكم المتقدم إنما هو إذا لم يتعين ذلك ، وأما إن أقر بقراض بعينه أو وديعة بعينها في مرضه فمن أقر له أحق بما عين من جميع الغرماء ، كانت ديونهم بينة أو بإقرار في الصحة أو في المرض ، وهكذا في «الجواهر» (١) .

وقال ابن حبيب : هذا في الموت ، وأما في الفلس فإن عينها فصاحبها أولى بها ، وإن لم يعينها فلا يحاخص ربها بذلك الغرماء كما لا يصدق رب الدين ، وكذلك فسرهُ أصبغ وفيها اختلاف وهذا أحسن ، وكذلك في «العتبية» و«الموازية» .

وَالْعَامِلُ أَمِينٌ؛ فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ فِي ضِيَاعِهِ وَخَسَارَتِهِ، وَاسْتِحْلَافُهُ عَلَى الْخِلَافِ فِي أَيْمَانِ التُّهْمِ...

هذا شروع منه في التنازع ، وقدم كون العامل أميناً لأنبأ ما بعده عليه ، والإجماع على أمانته ، نقله ابن راشد وغيره ، وقد تقدم أنه إذا اشترط عليه الضمان فسد القراض .

قوله : (في ضياعه) أي : بسرقة ونحوه ، والضياع بفتح الضاد قاله الجوهري (٢) .

وقوله : (وَخَسَارَتِهِ) قيده اللخمي بأن يأتي بما يشبهه ، ويعرف ذلك بسؤال التجار في بلد السلع هل يخسر مثل هذا المال في هذه المدة كما ذكر ؟

وقوله : (وَاسْتِحْلَافُهُ) مبتدأ خبره (عَلَى الْخِلَافِ) تقديره جاز على الخلاف (في أَيْمَانِ التُّهْمِ) وهو ثلاثة أقوال : ثالثها: يحلف المتهم دون غيره ، وفهم من كلامه أنه لو لم يتهم ، بل حق الدعوى عليه أنه يحلف باتفاق ، وكذلك قال غيره .

وَالْقَوْلُ قَوْلُهُ فِي رَدِّهِ إِنْ كَانَ بَغَيْرِ بَيِّنَةٍ، وَقِيلَ: يُقْبَلُ مُطْلَقًا

حاصله أنه اتفق أن القول قوله في الرد إذا قبضه بغير بينة واختلف إذا قبضه بها على قولين : المشهور منهما أنه لا يقبل .

قوله : (وَقِيلَ: يُقْبَلُ) ، ابن شاس (٣) : والمشهور مذهب «المدونة» ، وظاهر كلامهما أن الشاذ منصوص ، وإنما خرج اللخمي على ما في «المدونة» (٤) في من اقتصرت ما لا يغاب

(١) «الجواهر» (٤٥/٣) .

(٢) «الصحاح» (٤١٦/١) .

(٣) «الجواهر» (٤٥/٣) .

(٤) «المدونة» (١٣١/١٢) .

عليه ثم ادعى رده ، أن القول قوله ، أخذه بينة أو غيرها ، ومما في «المدونة» : إذا قال العامل : رددت إليك رأس المال والذي بيدي ربح ، وقال رب المال : لم تدفع لي شيئاً ، صدق رب المال ، ورأى اللخمي أن هذه المسألة تعارض التي فوقها ، قال : ولا فرق بين أن يقول : رددت رأس المال أو جميعه أو نصيبك من الربح .

وقال القاسمي : معنى ما في «المدونة» أنه قال : ما في يدي هو الربح بيني وبينك ؛ لأنه أقر أن حق رب المال قائم بيده بعد ، وأما لو قال : رددت إليك المال وحصتك من الربح وما في يدي هو حصتي من الربح لكان القول قول العامل إذا قبضه بغير بينة ، ولا أثر لهذه التفرقة عند اللخمي .

وأما إن أنكر العامل القراض فأقام ربه عليه بينة ، فقال : رددته أو ضاع .

قبل مالك قوله مرة فيهما ، وقال مرة : لا يقبل فيهما قوله .

وقبل ابن القاسم قوله في الضياع فقط ، فإن أقام بينة على ضياعه أو رده بعد إنكاره ، فالشهور أنه لا تنفعه البينة خلافاً لمحمد .

هذا حكم ما إذا أنكر ما لا يتعلق بالذمة من قراض أو وديعة ، وأما إن أنكر ما يتعلق بها وشبه ذلك من بيع أو ما يفضي إلى حد ، ثم رجع إلى إنكاره لأمر ادعاه أو أقام عليه بينة فاختلف فيه على أربعة أقوال :

الأول : قال ابن نافع : تنفعه في كل شيء .

والثاني : مقابله قاله غير ابن القاسم في الحدود التي تدرأ بالشبهات فأحرى غيرها .

الثالث : لابن كنانة : لا ينتفع بذلك إلا في الربح والحدود .

الرابع : لابن المواز : لا ينتفع بذلك إلا في الحدود .

وَيَحْلِفُ اتِّفَاقًا

أي : إذا قلنا : إن القول للعامل في الرد فيحلف بالاتفاق ، ولا يجري فيه الخلاف المتقدم ؛ لأن رب المال هنا حقق عليه الدعوى ، ولهذا انتقلت هذه اليمين على رب المال إن نكل عنها العامل بخلاف الضياع ؛ لأنه اتهمه فقط .

وَالْقَوْلُ قَوْلُهُ فِي جُزْءِ الرِّبْحِ إِنْ أَتَى بِمَا يُشْبَهُ وَالْمَالُ بِيَدِهِ ، أَوْ وَدِيعَةً وَلَوْ عِنْدَ رَبِّهِ

لا إشكال أنهما إن اختلفا في قدر جزء الربح قبل الشغل أن العامل مخير بين أن يعمل بما قاله رب المال أو يرد لانحلال عقد القراض قبل العمل ، وأما إن اختلفا بعده فهو ما ذكره المصنف ، ومعناه أن القول قول العامل في جزء الربح إذا ادعى ما يشبه مع يمينه ، فإن نكل فالقول لرب المال مع يمينه ، فإن نكل فالعمل على الأشبه .

الباجي^(١) : وسواء ادعى رب المال ما يشبه أو لا ، أما إن ادعى رب المال ما يشبه فقط فالقول قوله مع يمينه كالأول ، وإن ادعى معاً ما لا يشبه تحالفاً ولزم قراض المثل إن حلفا أو نكلا ، وإن حلف أحدهما ونكل الآخر ، فالقول قول الخالف .

وقوله : (وَالْمَالُ بِيَدِهِ) جملة حالية ، وحاصله أن القول قول العامل بشرط أن يدعي الأشبه وأن يكون المال بيده أو بيد نائبه ؛ كما لو ادعاه ولا يضر في ذلك أن يودعه عند ربه ، وإليه أشار بقوله : (وَلَوْ عِنْدَ رَبِّهِ) ، و (لَوْ) هنا بمعنى (إن) .

أما لو سلم لربه به ليأخذ منه رأس ماله وحصته من الربح فالقول قول رب المال للخروج المال عن حيازة العامل ، واعلم لو بقي جميع الربح بيد العامل ودفع رأس المال لربه لكان القول أيضاً قوله ، نص عليه في «البيان» ، وهو خلاف مفهوم كلام المصنف .
وَلَوْ قَالَ الْعَامِلُ : قِرَاضٌ ، وَقَالَ رَبُّ الْمَالِ : بِضَاعَةٌ بِأَجْرٍ ، أَوْ بِالْعَكْسِ - فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْعَامِلِ ...

وهكذا وقع في بعض النسخ ، وهي الصحيحة إن شاء الله تعالى ، ومعنى هذا إذا اختلفا في الوجه الذي قبض المال عليه ، فقال العامل : قبضته على القراض بالنصف مثلاً ، وقال ربه : بل أبضعت معك بأجرة ؛ فالقول قول العامل مع يمينه ويأخذ النصف إذا كان مما يشبه القراض عليه ، فإن نكل حلف الآخر ودفع الأجرة .

وإنما كان القول قول العامل ؛ لأن الاختلاف هنا راجع إلى الاختلاف في جزء الربح ، وهذا مقيد بما إذا كانت الأجرة أقل من نصف الربح ، وأما إن كانت مثله أو أكثر فلا يمين ، وقد اتفقا في المعنى كما ذكرنا ، ولا يضر اختلافهما في اللفظ ، واستغنى المصنف عن هذا

القييد لوضوحه ؛ ولأنه راجع في المعنى كما ذكرنا إلى الاختلاف في الجزء فاستغنى بما قدمه فيه .

واحترز بقوله : (بِأَجْرٍ) مما لو ادعى رب المال البضاعة بغير أجر ، ففي «المدونة»^(١) : القول قول صاحب المال ، ففيها : وإن قال العامل : قراض ، وقال ربه : بل أبضعته لتعمل به ؛ فالقول قول رب المال مع يمينه ، وعليه للعامل أجره مثله .

سحنون : إلا أن يكون ما ادعى العامل من الربح أقل من أجر مثله فليأخذ الأقل ، وإن نكل رب المال صدق العامل مع يمينه إذا كان يستعمل مثله في القراض ، انتهى .

وحمل بعضهم «المدونة» على أن مراد رب المال بقوله : بضاعة ؛ أي بغير أجر ، وفي هذه إشكال ؛ لأنه إن كان القول قول العامل مع دعوى رب المال البضاعة بجبر فلأن يكون القول قول العامل مع دعوى رب المال البضاعة بغير أجر أولى ، وهكذا قال بعض القرويين : إن القول قول العامل هنا ، ولهذا قال ابن رشد^(٢) : معنى مسألة «المدونة» أن يحلف العامل ؛ لأن وجه ما فيها أن كل واحد منهما يدعي على صاحبه ، رب المال يدعي على العامل أنه عمل له باطلاً والعامل يدعي أنه عمل له بنصف الربح ، فإن حلفا أو نكلا كان له أجر مثله إلا أن يكون ذلك أكثر من نصف الربح ، وإن حلف أحدهما ونكل الآخر كان القول قول الحالف منهما .

وحمل اللخمي «المدونة» على ظاهرها أن القول قول العامل ؛ وقيدها في «المدونة» بما إذا كان مثل المبضع معه لا يستعمل نفسه في القراض ، وكان مثل تلك البضاعة لا تدفع قراضاً ليسارتها ، ثم حكى عن محمد أنه خالف «المدونة» ، وقال : إنهما يحلفان جميعاً ويعطي العامل أجره مثله .

وقوله : (أَوْ بِالْعَكْسِ) أي : إن ادعى العامل بضاعة بأجر ، وادعى ربه قراضاً على أجر ، فالقول أيضاً قول العامل مع يمينه ، نقله اللخمي ، قال : لأن العامل يقول : عملته على الإجارة في الذمة ، والآخر على الجعالة ، وهما مما يدل على سقوطه أو في المسألة .

(١) «المدونة» (١٢/١٢٧) .

(٢) «المقدمات» (١٢/٢٠٣) .

وَأَنَّ قَالَ رَبُّ الْمَالِ : وَدِيعةٌ ؛ ضَمِنَهُ الْعَامِلُ بَعْدَ الْعَمَلِ لَا قَبْلَهُ

يعني : فإن قال رب المال : وديعة عندك ، وقال العامل : بل هو قراض ، وحذف المصنف قول العامل لدلالة الكلام عليه ، فإن هلك قبل العمل فلا ضمان لاتفاقهما أنه كان أمانة ؛ لأن القراض والوديعة يشتركان في ذلك ، وإن هلك بعده فالقول قول دافعه ؛ لأن قابضه مدعى عليه أنه أذن له في تحريكه والأصل عدم ذلك .

ابن عبد السلام : ولا يبعد أن يخرج خلافاً في ذلك ، فقد اختلف إذا كان المال غائباً وتنازعا على هذا الوجه ، فقال ابن قاسم ورواه عن مالك : القول للدافع .

وقال أشهب ورواه عن ابن عبد الحكم عن ربيعة ومالك : القول قول المدفوع إليه المال ؛ إذ لا يؤخذ أحد بغير ما أقر به .

وأشار بعضهم إلى وجود نص خلاف في ضمانه إذا عدم قبل التحريك ، وهو بعيد .

فرع :

وما ذكره المصنف ظاهر إذا لم يشغل المال .

ابن القاسم : وإن كان المال في سلعة فبيعت السلعة بفضل ، فليل للعامل : اتق الله إن كنت علمت أنه قراض ، فادفع إليه ربحه ، ولا أحكم بذلك ، ولو دفع ذلك لم يقض على رب المال بأخذه ، وإن كان في السلعة نقصان ، يقال لرب المال : اتق الله ولا تضمنه إن علمت أنه قراض ، فإن أبي فالحق حقه ، وإن رجع العامل إلى قول رب المال بعد البيع لم يقبل منه أنه لا يرد أي لأنه يريد نقض البيع .

فَإِنْ قَالَ الْعَامِلُ : قِرَاضٌ أَوْ وَدِيعةٌ ، وَقَالَ رَبُّ الْمَالِ : قَرْضٌ - فَالْقَوْلُ قَوْلُ رَبِّ الْمَالِ

خِلافاً لِأَشْهَبَ ...

تظهر فائدة هذا الخلاف إن ادعى العامل ضياع المال كله أو بعضه ، فالمشهور وهو قول ابن القاسم وروايته أن القول قول رب المال مع يمينه ، أي سواء أتلف قبل العمل أو بعده ؛ لأن العامل مقر بوضع يده الذي هو سبب الضمان مدع لدفع ذلك السبب ، ورأى أشهب أن وضع اليد تارة يكون مع الضمان وتارة يكون مع عدمه فهو أعم من الضمان ، فلا يستلزمه ولا يؤخذ المقر بأكثر مما أقر به ، وظاهر كلامه أن أشهب خالف سواء تلف قبل التحريك أو بعده والذي ذكره جماعة أن أشهب إنما خالف قبل التحريك ووافق إذا ضاع

بعده ؛ لأن القابض يدعي في مال حركه أنه لا ضمان عليه ، ومقتضى ما حكاه صاحب «المقدمات»^(١) أن أشهب خالف مطلقاً ، وذكر في المسألة ثلاثة أقوال : يفرق في الثالث ، فإن كان قبل العمل فلا ضمان ، وإن كان بعده فالضمان .

وَلَوْ قَالَ : بَلْ غَضِبْتَهُ لَمْ يُصَدَّقْ ، وَقِيلَ : إِلَّا أَنْ يُشْبِهَ

أي : لو قال العامل قراض ، وقال رب المال : بل غضبته مني (لَمْ يُصَدَّقْ) أي : رب المال ؛ لأن الأصل عدم الغضب ، فكان القول قول منكره وسواء كان يشبه أم لا ، ولأن الغضب يستلزم زيادة على الغرامة ، وهي : الأدب والجرحه ، بل يعاقب مدعي ذلك إذا كان المدعى عليه من أهل الخير والصلاح .

وقوله : (وَقِيلَ : إِلَّا أَنْ يُشْبِهَ) ، ابن عبد السلام : وهو بعيد ، انتهى .

وذكره ابن يونس عن بعضهم لكنه لم يذكر على أنه خلاف ، بل بعد قوله في «المدونة»^(٢) : وإن قال رب المال : غضبته مني أو سرقت مني فهو مدع ، قال بعض الفقهاء : إنما هو إذا ادعى ذلك على امرئ لا يليق به ، ولو عكس لكان من دعوى رب المال ما يشبهه .

وإن اختلفا في الصِّحَّةِ وَالْفَسَادِ فَكَالْبَيْعِ

فيكون القول قول مدعي الصحة ، قال في «الجواهر»^(٣) : ويجري فيها بأن القول قول مدعي الفساد إن غلب .

(١) «المقدمات» (٢/٣٠٣) .

(٢) «المدونة» (١٢/٢٠٥) .

(٣) «الجواهر» (٣/٤٦) .

كتاب المساقاة

المُسَاقَاةُ

عياض : هي مشتقة من سقي الثمرة ؛ إذ هو معظم عملها ، وهي إجارة على عمل في حائط وشبهه بجزء من غلته ، والمزارعة قريب منها ، ولعل المصنف ترك رسمها ؛ لأنه يؤخذ من رسم القراض ، وهي جائزة عندنا وعند الجمهور خلافاً للحنفية ، ودليلنا ما في الصحيح أنه عليه الصلاة والسلام عامل أهل خيبر على شطر ما يخرج منها من ثمر أو زرع ، وهي رخصة مستثناة من المخابرة ، وهي كراء الأرض بما يخرج منها ، ومن بيع الثمرة والإجارة فيها قبل طيبها وقبل وجوبها ، ومن الإجارة بالمجهول ، ولصحتها وجوازها وجوه :

الأول : أن يكون في الأصول من النخل والأشجار مما له ثمر ، أو ما في معناه من ذوات الأزهار والأوراق المنتفع بها ؛ كالورد والياسمين احترازاً من الزرع والمقائي فإن فيها خلافاً سيأتي .

والثاني : أن يكون قبل طيبها وقبل جواز بيعها ؛ لأنها إذا جاز بيعها لا ضرورة حيثئذ إلى المساقاة .

الثالث : أن تكون المدة معلومة ما لم تطل جداً .

الرابع : أن يكون بجزء مشاع مقدر .

الخامس : أن يكون العمل كله على العامل .

السادس : ألا يشترط على العامل أشياء خارجة عن الثمار أو متعلقة بالثمرة ولكن يبقى بعد الثمرة مما له قدر .

السابع : ألا يشترط أحدهما من الثمرة ولا من غيرها شيئاً خالصاً له .

الثامن : أن تكون بلفظ المساقاة عند ابن القاسم ، ولا تتعقد بـ (عاملتك) ونحو ذلك خلافاً لسحنون وابن المواز ، ذكر هذه الثمانية عياض .

وزاد غيره تاسعاً : وهو أن يكون الشجر مما لا يخلف احترازاً من القصب والموز فإنه لا تجوز مساقاته .

المَعْقُودُ عَلَيْهِ أَرْبَعَةٌ: النَّخْلُ، وَالْأَشْجَارُ، وَالزَّرْعُ، وَالْمَقَاتِي الظَّاهِرَةُ فِي الْأَرْضِ

أي: المعقود عليه من حيث الجملة وإلا فيقول: إن من شرط الزرع والمقاتي أن يعجز عنها أربابها.

وعطف الأشجار على النخل من باب عطف العام على الخاص، ولعله أفرد النخل لكونه محل النص، ويندرج في الأشجار الورد والياسمين والقطن، وقد نص على هذه الثلاثة في «المدونة»^(١)، وظهرها جواز مساقاتها وإن لم يعجز عنها أربابها، وعلى هذا الظاهر تأوله أبو عمران وابن القطان.

عياض: وهو ظاهر قول اللخمي.

واحتج هؤلاء بقوله في «المدونة»^(٢): ولا بأس بمساقاة الورد والياسمين والقطن، وأطلق وعطف على قوله في «المدونة» تجوز المساقاة في كل ذي أصل من الشجر، وهو قول محمد بن المواز في الورد والياسمين، وتأول بعضهم «المدونة» على أنه لا فرق بين القطن والزرع والمقاتي.

وأشار ابن يونس إلى أن الخلاف هنا راجع إلى خلاف في حال؛ لأنه لما نقل عن ابن الماجشون جواز مساقاة هذه الثلاثة وإن لم يعجز عنها ربها، قال: يريد لأن القطن عندهم شجر يجنى سنين فهو كالأصول الثابتة، وأما بلدنا فلا تجوز مساقاته إلا أن يعجز عنه أربابه كالزرع؛ لأن أصله غير ثابت.

وفي «المقدمات»^(٣): لا ينبغي أن يختلف في جواز مساقاة الورد والياسمين على مذهب مالك؛ لأن لها أصولاً تجنى، ولو قال قائل في المقاتي والقطن بالجواز وإن لم يعجز عنها أربابها دون الزرع، فلا يجوز على مذهب مالك إلا بالعجز لما بعده إلا أنه لم يقله.

خليل: وقول من حمل «المدونة» على الجواز مطلقاً أظهر؛ لأن فيها بعد هذه الثلاثة: وأما المقاتي والبصل وقصب السكر فكالزرع يساقي إن عجز عنه ربه، فتفرقة بين هذه وبين تلك، تدل على أن حكمها مختلف، والله أعلم.

(١) «المدونة» (٢٦/١٢).

(٢) «المدونة» (٢٦/١٢).

(٣) «المقدمات» (١٨٢/٢).

وقوله : (الظَّاهِرَةُ) صفة للمقائي على معنى الشرط ، ولو قال : الظاهرين ليعود على (الزَّرْع) أيضاً لكان أولى ؛ لأنه كما يشترط الظهور في المقائي كذلك يشترط في الزرع ، وقد يقال : (الظَّاهِرَةُ) صفة للمقائي والزرع باعتبار المذكورات أو يقال : حذف وصف الزرع لدلالة وصف المقائي عليه ، وفيهما تعسف .

وأجاب ابن عبد السلام بأن مراده تمييز ما تجوز فيه المساقاة لا تمييز شخصه ، فكأنه يقول : ما شأنه الظهور كالمقائي تجوز مساقاته بخلاف ما شأنه أن لا يظهر كاللفت والجزر على مذهب «المدونة» فيما يخرج منه ، ونص عليه محمد ، ورد بأن ما شأنه أن يظهر أعم من أن يظهر أم لا ، فلا يفيد أن الظهور شرط في المقائي ، وكلام المؤلف يقتضي أن الظهور شرط في المقائي .

وقوله : (فِي الْأَرْضِ) مستغنى عنه ، وقد يتلفظ له بأنه قيد بقوله : (فِي الْأَرْضِ) ليتناول أصولها ؛ لأنها التي في الأرض حقيقة ، إذ لا يشترط ظهور القثاء المأكول بل ظهور ذلك يمنع من المساقاة .

وَهِيَ لِأَزْمَةٍ مُؤَقَّتَةٍ وَتُسْتَحَقُّ الثَّمَارُ فِيهَا بِالظُّهُورِ اتِّفَاقاً بِخِلَافِ الْقِرَاضِ

يعني : (لأزمنة) بالعقد وهذا مذهب «المدونة» ، وقد تقدم في القراض الفرق بينها وبينه . ابن رشد^(١) : وقيل : إنها لا تنعقد ولا تلزم إلا بالعمل ، وقيل : إنها تنعقد وتلزم بالشروع في العمل كل واحد .

قوله : (مُؤَقَّتَةٍ) أي : محدودة بالجذاذ لا بالأهله ، كما سيأتي ، ولهذا يكون من شرط صحتها التأجيل ، إلا أن بعض الشيوخ حكى فيها قولاً آخر : إنها إذا وقعت مطلقة حملت على سنة واحدة ، ولا تكون فاسدة تستحق الثمار فيها بظهور الثمرة فيها اتفاقاً ، كما قال المصنف فالاتفاق عائد على المسألة الأخيرة .

خليل : ولا يعود على الجميع لوجود الخلاف في الأولى ، واختلف في القراض ، فالمشهور أن العامل لا يملك الربح بمجرد ظهوره ، والفرق بينها وبين القراض أن الربح تجبر به الخسارة في القراض ، ولو ملكه لما جبرت الخسارة به ، وقيل : يملكه في القراض ملكاً غير مستقر لكون الخسران يجبر به ، فإذا وقعت القسمة استقر ملكه عليه .

(١) «المقدمات» (٢/١٨١) .

وَشَرْطُهُ أَنْ يَكُونَ مِمَّا لَا يُخَلْفُ ، فَلَا يَجُوزُ فِي الْمَوْزِ وَالْقَصَبِ وَالْبَقْلِ

أي : وشرط المعقود عليه ولم يجز مساقاة ما لا يخلف لبعده شبهه عن محل النص وهو النخل ، ولأن بعض هذا النوع إذا استقي بدا صلاحه فيعود هذا الشرط إلى الذي بعده ، فقال في «المدونة»^(١) : ولا تجوز مساقاة القصب ؛ لأنه يساقى بعد جواز بيعه ، وكذلك القرط والبقل والموز ، وإن عجز عن ذلك ربه ، لأن ذلك كله بطن بعد بطن ، وجزء بعد جزء ، وقوله في «المدونة»^(٢) : لأنه يساقى بعد جواز بيعه ، يعني : لأنه إنما يساقى بعد استقلاله ، وهو بعد استقلاله يجوز بيعه .

ونقل ابن القاسم في «مجالس أبي زيد» إجازة مساقاة ما يخلف ، وليس بشيء ، وعلى المشهور هو مقيد بما إذا كان مقصوداً ، إلا أن سحنون أجاز في «العتبية» مساقاة الحائط وفيه شيء من الموز : الثلث فأقل .

قال في «البيان»^(٣) : وهو تفسير لمذهب مالك ، سحنون : وإذا كان يسيراً فيكون بينهما ولا يجوز أن يشترطه أحدهما ، أما مساقاة البقول فما كان منها ظاهراً ؛ كالقصب والكزبرة والكرنب فلا تجوز مساقاته عند مالك وابن القاسم ، وقال عبد الرحمن بن دينار : يجوز ذلك إذا نبت وعجز ربه عن عمله قبل أن يحل بيعه .

وأما الأصول المغيبة في الأرض كالجزر واللفت والبصل ، ففي «الموازية» منع مساقاتها ، وفيها أيضاً عن ابن القاسم الجواز إذا ظهرت من الأرض ، وعجز عنها ربه ، وكذلك أجاز في «المدونة» المساقاة على البصل وقصب السكر إذا عجز عنه ربه ، ونقل عن ابن القاسم منع مساقاة القصب وإن عجز عنه ربه .

ابن المواز : بناء على الأول ، ولا يجوز أن يشترط خلفه القصب في المساقاة ، كما لا تجوز مساقاته إذا لم يظهر من الأرض ، وجوز ابن نافع مساقاة الأصول المغيبة والمقائي وإن لم يعجز عنها ربه .

ابن يونس : واختلف في الريحان ، فقيل : تجوز مساقاته ، وقيل : لا ، فوجه المنع ؛ لأنه كالبقل يجز ويخلف ، ووجه الجواز أنه إذا جزه لم ينتفع به ، واحتاج إلى السقي ،

(١) «المدونة» (٢٢/١٢) .

(٢) «المدونة» (٢٢/١٢) .

(٣) «البيان والتحصيل» (١٤١/١٢) .

فيجوز أن تساقى منه الجزء الأولى دون الخلفة ، وقيل : القياس أن تجوز المساقاة عليه وعلى خلفته أما إن كانت النخلة تطعم في السنة مرتين فلا بأس بمساقاتها .

وَأَنْ يَكُونَ مِمَّا لَمْ يَحِلَّ بَيْعُهُ فَإِنْ حَلَّ فَإِجَارَةٌ

هذا معطوف على قوله : (أَنْ يَكُونَ مِمَّا لَا يُخْلَفُ) وكذلك قوله بعد ذلك : (وَأَنْ يَكُونَ الزَّرْعُ وَالْمَقَاتِي...) والظاهر أن كلامه مشتمل على ثلاثة شروط في قوله : (وَشَرْطُهُ أَنْ يَكُونَ مِمَّا لَا يُخْلَفُ) قائماً مقام شروط ؛ لأنه اسم جنس مضاف ، فيفيد العموم ، ويحتمل أن يريد بقوله : (وَشَرْطُهُ) شرطاً واحداً ، ويكون قوله : (وَأَنْ يَكُونَ مِمَّا لَمْ يَحِلَّ بَيْعُهُ) و (وَأَنْ يَكُونَ الزَّرْعُ وَالْمَقَاتِي) أجزاء الشرط ، ويكون الشرط مركباً من جزأين بالنسبة إلى الأشجار ، ومن ثلاثة بالنسبة إلى الزرع ونحوه ، وقولنا الأول هو الظاهر ؛ لأنه في «الجواهر»^(١) .

كذلك قوله : (فَإِنْ حَلَّ فَإِجَارَةٌ) مرفوع على خبر ابتداء مضمرة أي فهو إجارة ، قال في «الجواهر» : إذا حل بيع الثمار وغيرها والمقاتي لم تجز المساقاة عليها وإن عجز عنها ربتها ، قال سحنون : تجوز مساقاة ما جاز بيعه وهي إجارة بنصفه .

ابن عبد السلام : وكانَّ المصنف حمل كلام سحنون على الموافقة لابن القاسم في المعنى ، وأن هذه الصورة إذا وقعت مضت على مذهبهما معاً بإجارة .

خليل : وفيه نظر ؛ لأن هذا الحمل على خلاف ما فهمه أهل المذهب من حمل مذهبه على المخالفة ، وذلك أن الباجي^(٢) وابن رشد^(٣) وغيرهما نصوا على أن مالكا منع ذلك ، وقال : يفسخ العقد ولا يكون إجارة فاسدة ، وأن سحنون أجازها كما قاله مالك وابن القاسم ، وفي «المقدمات»^(٤) عن ابن القاسم مثل قول مالك ، وعلى هذا فقول المصنف إجارة ليس كما ينبغي ؛ إذ لم يبين هل هي إجارة فاسدة كما قاله مالك وابن القاسم أو إجارة صحيحة كما قاله سحنون ؛ نعم ظاهره موافقة سحنون ؛ لأنه إنما يحتمل في الإطلاق على الصحيح ، وعلى هذا فيكون المصنف لم يذكر المشهور .

(١) «الجواهر» (٤٧/٣) .

(٢) «المنتقى» (٥/٧) .

(٣) «المقدمات» (١٨٣/٢) .

(٤) «المقدمات» (١٨٣/٢) .

فإن قيل : لم لا يُقرأ قوله : (فِإِجَارَةٌ) بالنصب على المصدر الموضوع موضع فعل الأمر أي فليؤجره إجارة ؟

قيل : فيه بعد ؛ لأنه حيثنذ يكون صريحاً في مخالفة المشهور وموافقة قول سحنون ، ولأنه حيثنذ لا يكون في كلامه ذكر حكمها إذا وقعت بلفظ المساقاة وهو المقصود ، فإن قيل : فما وجه قول مالك ؟ قيل : علله الباجي بأن المساقاة تتضمن أن على العامل النفقة على رقيق الحائط ، وجميع المؤن وإن لم يكن ذلك معلوماً ، ولا يجوز ذلك في الإجارة ، وعلله صاحب «البيان»^(١) وابن مرزوق بأن الثمرة إذا أجيحت في المساقاة لم يكن له قيام في الجائحة ، وخير بين أن يتمادى أو يترك ، وفي الإجارة له القيام بالجائحة ، والله أعلم ، وعلله بعضهم بأن العامل في المساقاة لا يستحق شيئاً إلا بظهور الثمرة ، والأجير قد يستحق الأجرة بمجرد العقد وقد يستحقها بمقدار العمل ، فاشتمل العقد على متناف ، وأخذ صاحب «المقدمات» وعياض من هذه المسألة أن الإجارة لا تعقد بلفظ المساقاة .

ابن عبد السلام : وفيه نظر ؛ لجواز أن يكون منع المساقاة في هذه المسألة لتنافي الأحكام ، وأجاز في «الموازية» أن يدفع إليه نخلاً مساقاة بتمر من نخل آخر قد أزهى ، ولم يلتفت إلى لفظ المساقاة .

وَلِذَلِكَ لَوْ جَمَعَهُ مَعَ سَنَةِ أُخْرَى لَمْ يَجْزِ

ولا أجد أن ما حل بيعه لا تجوز مساقاته لم يجز جمعه ؛ أي : ما حل بيعه مع سنة أخرى ؛ لأن الصفقة حيثنذ جمعت حلالاً وحراماً ، وهذه الصورة لا تجوز على قول سحنون ، لاشتمال هذا العقد على المساقاة والإجارة ، وإنما يجيزه سحنون إذا انفرد ، قاله الباجي^(٢) .

وَيَغْتَفِرُ طَيْبٌ نَوْعٌ يَسِيرٌ مِنْهُ

هذا الفرع ذكره في «الموازية» ، أي إذا كان في الحائط أنواع من الثمر ، فطاب منه نوع يسير ، أنه تجوز مساقاته ، وإن كان كثيراً فلا تجوز المساقاة فيه ولا في غيره ، هكذا نقل الباجي^(٣) عن «الموازية» ، وحكى عنها اللخمي المنع .

(١) «البيان والتحصيل» (١٦٧/١٢) .

(٢) «المنتقى» (٦/٧) .

(٣) «المنتقى» (٦/٧) .

ولعلَّ معناه أن يكونَ كل واحد من النوعين ما طاب وما لم يطب كثيراً ، أما لو كان الحائط كله نوعاً واحداً وطاب بعضه ، فإنه لا تجوز المساقاة فيه ؛ لأن بطيب البعض يجوز البيع ، قاله ابن يونس وغيره ، وهو يؤخذ من كلام المصنف ، لأن قوله : (نوع) يخرج هذه الصورة .

واعلم أنه إنما يشترط في الثمرة ألا تبلغ إلى حد يجوز بيعها في الحائط الذي يعمل فيه ، وأما لو ساقى حائطاً لم تطب ثمرته بنصف أخرى مثلاً ، فقال مالك : إذا كان بعد أن طابت ثمرة الحائط الذي يعطي منه فلا بأس إذا كان السقي معروفاً وهو بمنزلة الأجرة .

اللخمي : وإذا طاب بعض الحائط ولم يكن باكورا لم تجز مساقاته على قوله في «المدونة»^(١) : يجوز بيعه حينئذ ، وإن كان الذي طاب باكورا وكانت المساقاة على أن يسقي جميع الحائط ، ويأخذ الجزء مما طاب خاصة جاز ذلك ، وتكون أجرة بمنزلة من أعطى حائطين قد طابا أحدهما على أن يأخذ الجزء مما طاب ، وإن كانت المساقاة على أن يسقي ما لم يطب ومنه يأخذ جزأه أو مما طاب ولم يطب لم يجز ، وإن كانت المساقاة على أن يسقي ما طاب وحده ، ومنه يأخذ جزأه قولاً واحداً .

خليل : انظر هنا فإنه يقتضي جواز المساقاة على ما حلَّ بيعه ، ولعله يذهب إلى حمل قول سحنون على الموافقة ، والله أعلم .

اللخمي : وإنما لم يجز أن يسقي الحائط على أن يأخذ الجزء من الثمر ما طاب وما لم يطب ؛ لأنها صفقة جمعت مساقاة وبيعاً ، وهو أيضاً جعل وبيع ، ويدخله مساقاة ما لم يطب بجزء من غيره ؛ لأن خدمة ما طاب أقل وخدمة ما لم يطب أكثر ، وكل هذا إذا كان كل واحد منهما كثيراً ؛ لأنه مقصود في نفسه ، قال غير واحد : ومحمل قول مالك في جواز مساقاة ما قد طاب إذا لم يكن في الحائط رقيق ولا دواب أو كانوا فيه وشرط إطعامهم على رب الحائط ، وأما لو اشترط إطعامهم على العامل لم يجز ؛ لأنه طعام بطعام غير يد بيد ؛ أي : لأنه يأخذ في نصيبه طعاماً ، وقد كان أخرج للرقيق والدواب طعاماً ، وهذا الشرط أيضاً يأتي على قول سحنون الذي يجيز المساقاة فيما حل بيعه ، وقاله ابن عبد السلام .

(١) «المدونة» (٣٩/١٢) .

وَأَنْ يَكُونَ الزَّرْعُ وَالْمَقَاتِي مِمَّا عَجَزَ عَنْهُ رَبُّهُ عَلَى الْأَشْهُرِ

الأشهر مذهب «المدونة» ، ومقابله لابن نافع بإجازة المساقاة على ذلك وإن لم يعجز عنه ربه .

اللخمي : ولم يفرق في ذلك بين أن يبرأ أو لا ، وزاد اللخمي في الزرع قولين آخرين : أحدهما : الكراهة ونسبه «للموازية» .

والثاني : لابن عبدوس قال : القياس عندي ألا تجوز مساقاة الزرع أي : لأن المساقاة إنما وردت في الزرع ؛ إذ كان زرع خيبر تبعاً لثمارها ، والتبع لا حكم له فوجب أن يقتصر بالرخصة على ما ورد ، ووجه قول مالك أن العلة في جواز المساقاة الضرورة ، ومع العجز تتحقق الضرورة .

الباجي^(١) : ومعنى العجز عن الزرع : أن يعجز عن عمله الذي يتم به أو ينمو أو يبقى وإن كان له ماء فقد يكون عاجزاً .

تنبيه :

لمساقاة الزرع ونحوه شروط :

أولها : ما ذكره المصنف .

الثاني : أن تكون فيه مؤنة ، ولو تركت لمات .

الثالث : أن يستقل من الأرض ويبرز .

الرابع : أن لا يبدو صلاحه .

فرع :

قال مالك في «المدونة»^(٢) وغيرها : وتجوز المساقاة على شجر البعل ، وكذلك ما كان يشرب بالسيح ؛ لأنه قد يعجز عن الدواب والأجراء ، قيل للمالك : فزرع البعل كزرع إفريقية ومصر وهو لا يسقى ، قال : إن احتاج من المؤنة ما يحتاج إليه شجر البعل ويخاف هلاكه إن ترك ، جازت مساقاته ، وإن كانت لا مؤنة فيه إلا حفظه وحصاده ودرسه لم يجز وتصير إجارة فاسدة وليس زرع البعل كشجره ، وإنما تجوز مساقاة زرعه على الضرورة

(١) «المنتقى» (٧/٧) .

(٢) «المدونة» (١٨/١٢) .

والخوف ، وقد يقال : الأظهر هو المشهور ؛ لأن الأشهر يؤدي إلى زيادة الفرع على الأصل .

وَلَا يُسَاقَى الْبَيَاضُ إِلَّا تَبَعًا ثُلْثًا فَمَا دُونَهُ بِقِيَمَةِ الْجَمِيعِ

البياض عبارة عن الأرض الخالية من الشجر ؛ أي : لا يجوز إدخال البياض في المساقاة إلا بشرط أن يكون تبعاً للشجر ، وسواء كان بين أضعاف السواد أو مفرداً عن الشجر ، قاله ابن المواز .

وقوله : (ثُلْثًا) بدل أو عطف بيان من (تَبَعًا) ، وذكر المصنف التبعية لئنه على علة الجواز .

مالك : وكان بياض خبير يسيراً بين أضعاف السواد .

مالك : وبذلك قضى أهل العلم .

وقوله : (بِقِيَمَةِ الْجَمِيعِ) بيان لنسبة الثلث يعني أن التبعية منسوبة إلى جميع الثمرة ، كما لو كان كراء الأرض على انفرادها خمسة دنائير ، وكانت الثمرة المعتاد منها بعد إسقاط ما أنفق عليها تساوي عشرة ، هكذا نص عليه في «المدونة»^(١) ، وقال ابن عبدوس : إنما يراعى أن يكون البياض تبعاً للثمره كلها إذا كان بينهما ، فأما إذا ألغى فإنما يراعى فيه أن يكون تبعاً لحصة العامل فقط .

اللخمي : وما ذكره ابن القاسم من الإسقاط غلط ؛ لأن السقي والعلاج ثمن للثمره فكيف يصح أن يحط ثمن أحدهما من الآخر ، وإنما باع العامل منافعه من عمل وسقي بالجزء الذي يأخذه بعد الطيب ، وإنما يطيب ذلك الجزء على رب الحائط ، ولهذا وجبت الزكاة فيه إن كان مجموع غلة الحائط خمسة أوسق ، وإن كان العامل عبداً أو نصرانياً .

فَإِنْ سَكَّنَا فَقَالَ مَالِكٌ : يُلْغَى لِلْعَامِلِ ، وَقَالَ مُحَمَّدٌ : إِنْ كَانَ ثُلْثَ نَصِيْبِهِ فَمَا دُونَهُ ، وَرَوَى أَنَّهُ لِرَبِّهِ ...

تبع في نسبة هذا القول لمحمد صاحب «النكت»^(٢) ، ونسبه ابن أبي زيد^(٣) والباجي^(٤)

(١) «المدونة» (١٩/١٢) .

(٢) «النكت والفروق» (١٠٥/٢) .

(٣) «النوادر والزيادات» (٤٨٢/١١) .

(٤) «المنتقى» (٨/٧) .

واللخمي وابن يونس إلى ابن عبدوس ، ونسبه ابن شاس^(١) إليهما ، واعلم أن البياض إن كان أكثر من الثلث لم يجز أن يدخله في المساقاة ، ولا يلغى للعامل بل يبقى لربه ، وإن كان يسيراً فأربعة أوجه : إما أن يسكتا عنه ، وإما أن يدخله ، وإما أن يشترطه ربه ، وإما أن يشترطه العامل ، تكلم المصنف على الوجه الأول بقوله : (فَإِنْ سَكَّتَا) والرواية الأولى لمالك في «الموازية» وبها قال محمد ، ولم يحقق محمد نسبتها لمالك ، واحتج لها محمد بأن ذلك هو السنة منه ﷺ .

وقوله : (وَرَوِي أَنَّهُ لِرَبِّهِ) هو في «كتاب ابن سحنون» ، قال : وإن زرع العامل بغير إذن رب الحائط فعليه كراء المثل ، وهو أحسن ؛ لأن مفهوم المساقاة أن يسقى ما يحتاج إلى السقي ، وهو النخل والبياض خارج عن هذا ، وهو الذي في «الجلاب» .

ابن عبد السلام : لعل محمد لا يريد بقوله : وتلك السنة أن الحكم عند الإطلاق إلغاؤه للعامل بالسنة ، ولعله يريد أن الواقع في قصة خير إلغاء البياض لليهود ، وهو أحسن ما يحمل عليه ، ومع ذلك فلا يصح لما في الصحيح : أنه عليه السلام عامل أهل خير بشرط ما يخرج منها من زرع أو ثمر^(٢) .

فَإِنْ أَدْخَلَهُ فِي الْمَسَاقَاةِ فَيَجْزئُهَا ، وَبَذَرُهُ عَلَى الْعَامِلِ وَإِلَّا فَسَدَ

هذا هو الوجه الثاني أعني إذا اشترط إدخاله ، فإن قلت : هو تكرار مع قوله في صدر المسألة : (وَلَا يُسَاقِي الْبَيَاضُ...إلى آخره) قيل : كلامه أولاً إنما هو إعطاء قاعدة ، ثم تكلم على وجه المسألة ، والله عز وجل أعلم .

وقوله : (فَيَجْزئُهَا) أي فيجوز على مثل جزء المساقاة ، فحذف العامل والمضاف والباء بمعنى على كقوله تعالى : ﴿ مَنْ إِنْ تَأَمَّنْهُ بِقِنطَارٍ ﴾ [آل عمران: ٧٥] ، أي : على قنطار .
وقوله : (وَبَذَرُهُ) أي : البياض ، وفي بعض النسخ : (بَذَرُهَا) ، ويعود على الأرض الخالية المفهومة من السياق .

وقوله : (وَإِلَّا) : أي : وإن لم يكن بجزئها بل بجزء مخالف أو كان بجزئها لكن والبذر ليس من عند العامل فسد العقد ، وهو أولى من تخصيص ابن عبد السلام .

(١) «الجواهر» (٤٧/٣) .

(٢) أخرجه مسلم (١٥٥١) من حديث ابن عمر - رضي الله عنهما .

وقوله : (وَأِلَّا فَسَدَ) يعني : أنه يشترط في جميع مسائل هذا الفصل أن يكون بذر البياض على العامل ؛ لأنه لم يرو أنه عليه الصلاة والسلام دفع لأهل خيبر شيئاً ، وخالف أصبغ في اشتراط مساواة جزء البياض للحائط ونص ما نقله الباجي (١) : ولو كان البياض تبعاً فاشترط العامل ثلاثة أرباعه ، فقد أبى ذلك ابن القاسم وكرهه أصبغ ثم أجازته . فوجه الأول أنه لما اشترط البعض ، كان ذلك زيادة في المساقاة ، ولم يكن إلغاء ؛ لأن الإلغاء إنما يكون في جميعه .

ووجه الثاني : أنه اشترط أرضاً هي تبع ؛ كما لو اشترط جميعها .
وَلَوْ اشْتَرَطَ رَبُّهُ أَنْ يَعْمَلَهُ لِنَفْسِهِ فِي «المَوْطَأِ» : لَا يَصْلُحُ ؛ لِئِنَّهُ سَقَى الْعَامِلِ ، وَقِيلَ :
يَجُوزُ...

هذا هو الوجه الثالث ، وقوله : (لِنَيْلِهِ سَقَى الْعَامِلِ) أي : لأن سقي العامل ينال البياض ، وذلك زيادة اشترطها رب المال على العامل .
ابن عبد السلام : وروي في القول الثاني : إن العامل لا يتكلف لذلك زيادة في العمل ؛ لأنه إنما سقى شجرة ، وإنما ينتفع به البياض بعد ذلك كالذي ينتفع به الجار ونحوه .
ابن راشد : ولم أر أن هذا القول معزو .

ابن حبيب : ويجوز لربه الاشرط إذا كان العامل لا يسقيه ، كما إذا كان يعالج وهذا ينبغي أن يكون تقييداً لما في الموطأ .

تنبيه :

سكت المصنف على الوجه الرابع ، وهو أن يشترطه العامل ولا خلاف في جوازه ، والمشهور جواز إلغائه للعامل إذا كان ثلثاً لجميع الثمرة ، وقال ابن عبدوس : لا يجوز إلا أن يكون تبعاً لنصيب العامل ، ونص مالك في «المدونة» وغيرها على أن إلغاءه هو المطلوب هنا ، ولفظه في «المدونة» (٢) : مالك : وأحب إلينا أن يلغى البياض ، فيكون للعامل وهو أصله .

(١) «المنتقى» (٨/٧) .

(٢) «تهذيب المدونة» (١٤٨/٣) .

صاحب «النكت»^(١) : فإن اعترض معترض ، وقال : أليس قد ساقى عليه الصلاة والسلام أهل خيبر على شطر ما يخرج من حب أو تمر .

فلم يستحب مالك إلغاء البياض ، ولم يستحب ما في الحديث من كونه بينهما ، فالجواب أنه جاء في حديث آخر : أنه إنما ساقاهم على النخل خاصة ، وترك لهم بياض النخل ، فاستحب مالك هذا؛ إذ في كون ذلك بينهما كراء الأرض بما يخرج منها .

وَبَيَّاضُ الزَّرْعِ كَبَيَّاضِ النَّخْلِ

يعني : إذا ساقى على زرع بشروطه وفيه بياض ، فهو كما إذا ساقاه على نخل فيه بياض ، فتجري الوجوه المتقدمة .

وَالشَّجَرُ التَّبَعُ فِي الزَّرْعِ يَلْزَمُ دُخُولَهُ

أي : إذا ساقى على زرع وفيه شجر تبع للزرع لزم دخول الشجر في المساقاة ، قال في «المدونة»^(٢) : ولا يجوز أن يلغى للعامل كالبياض ، ولا أن يكون لرب الأرض بل بينهما ، وروى ابن وهب عن مالك جواز إلغاء ذلك للعامل كمكتري الدار والأرض فيها نخل تبع يشترطان ثمرتها ، ولا يجوز أن يكون بينهما .

ابن المواز : ولم أعرف أحداً استحسن ما رواه ابن وهب ولا قال به ، والمعروف ما قاله ابن القاسم ، قال : وإنما لم يجز هنا الإلغاء ؛ لأن السنة إنما وردت بإلغاء البياض ، وأما بإلغاء الشجر فلمالك في «الموازية» : ويجوز أن يساقى الحائط وفيه من الموز ما هو تبع قدر الثلث فأقل ، ولا يكون لأحدهما ويكون بينهما على سقي واحد مثل الزرع الذي مع النخل .

ابن رشد^(٣) : وعلى هذا يجوز إذا كان الموز يسيراً أن يشترطه كل واحد منهما على صاحبه .

تنبيه : لما تكلم في «المدونة»^(٤) على مسألة الشجر التبع للزرع ، قال : وفيه شجر

متفرقة ، والظاهر أنه غير شرط ، وأنه لا فرق بين الشجر المتفرقة وغيرها .

(١) «النكت والفروق» (١٠٤/٢) .

(٢) «تهذيب المدونة» (١٤٨/٣) .

(٣) «البيان والتحصيل» (١٤٦/١٢) .

(٤) «تهذيب المدونة» (١٤٩/٣) .

وَالزَّرْعُ وَالشَّجَرُ تَبَعاً أَوْ غَيْرِ تَبِعِ يَجُوزُ بِجُزْءٍ وَاحِدٍ

أي : إذا كان في الأرض زرع وشجر سواء كان أحدهما تبعاً للآخر أو غير تبع يجوز أن يساقي الجميع بجزء متحد كثلث أو ربع ، إلا أن الشجر إذا كان تبعاً اشترط في الزرع أن يعجز عنه ربه ، وإن كان الزرع تبعاً للشجر لم يشترط فيه ذلك ، قاله ابن المواز .

ابن عبد السلام : وقد تقدم قول المصنف أن الشجر إذا كان تبعاً للزرع يلزم دخوله في المساقاة ، ولا يصح أن يلغى للعامل ولا لرب المال ، فأحرى إذا كان غير تبع ، فعلى هذا يكون مراد المصنف بيان شيء آخر غير الذي قدمه ، لئلا يلزم التكرار مع ملاصقة بعضه لبعض ، وذلك الشيء هو الذي صرح به في قوله : (بِجُزْءٍ وَاحِدٍ) ، فيكون مراده بيان شرط الجواز لا بيان أصل الجواز .

(وَالزَّرْعُ) مبتدأ (وَالشَّجَرُ) مبتدأ ثانٍ خبره (بِجُزْءٍ) والجملة خبر الأول ، و (تَبَعاً أَوْ غَيْرِ تَبِعِ) حال .

الْمَأْخُودُ شَرْطُهُ الْجُزْئِيَّةُ كَرَبِحِ الْقِرَاضِ غَيْرِ مُخْتَلَفٍ فِي نِسْبَتِهَا

فيه حذف مضاف ، أي علم الجزئية ، ولو أقيمت كلام المصنف على ظاهره لزم ألا تجوز مساقاة الحائط على جميع ثمره ، وهي جائزة ، ويدل أيضاً على حذف المضاف قوله : (كَالْقِرَاضِ) فإنه صرح بالمضاف في القراض .

وقوله : (غَيْرِ مُخْتَلَفٍ فِي نِسْبَتِهَا) أي : لا يجوز أن يدفع إليه نصف الحائط بالنصف ونصفه بالثلث ، ولا نوعاً منه بالنصف ، ونوعاً آخر بالربع ، ولا سنة بكذا وسنة بكذا .

وَيَجُوزُ فِي حَوَائِطٍ مُخْتَلَفَةٍ أَوْ مُتَّفَقَةٍ فِي صَفْقَةٍ بِشَرَطِ جُزْءٍ وَاحِدٍ

أي : وتجوز مساقاة حوائط مختلفة في النوع أو في الصفقة أو مختلفة فيهما .

(فِي صَفْقَةٍ) أي : في عقد واحد بشرط جزء واحد ، أما إن كانت بجزأين فلا يجوز وعلله في «المدونة»^(١) بأنه قد كان في خبير الجيد والرديء حين ساقاها سيدنا محمد ﷺ ، ومنع في سماع عيسى مساقاة حائطين مساقاة واحدة إلا أن يشترط أن يكونا متساويين .

ابن رشد^(٢) : ولم يختلف أنه لا تجوز مساقاة الحائطين على جزأين سواء كانا متفقين أو

(١) «المدونة» (١٦/١٢) .

(٢) «البيان والتحصيل» (١٥٦/١٢) .

مختلفين ، واختار اللخمي جواز الاختلاف في الجزء على حسب اختلاف المؤنة بينهما ، قال : وليس في الحديث ما يمنع ذلك .

أَمَّا فِي صَفَقَاتٍ فَلَا شَرْطَ

أي : يشترط اتحاد الجزئية .

وَأَشْرَاطُ جُزْءِ الزَّكَاةِ جَائِزٌ كَالْقِرَاضِ

تقدم في ذلك أربعة أقوال .

فرع :

ولو اشترط الزكاة على العامل ونقص الحائض نصاباً فقال : يقتسمان الثمر نصفين .

وقال سحنون : يقتسمانه أعشاراً لصاحب الحائط ستة ، وقيل : يقتسمانها من عشرين لربه منها أحد عشر ، وقال ابن عبدوس : يقتسمانها أتساعاً لرب الحائط خمسة ، ولهذا الاضطراب يكون القول بعدم جواز اشتراط الزكاة هو الظاهر ، وإن كان خلاف المشهور ، ولهذا قال صاحب «البيان»^(١) وابن زرقون : لعله تكلم في المشهور على ما إذا كان الحائط كثيراً أو تكلم في الشاذ ، وهو قوله في «الأسدية» على ما إذا كان الحائط يسيراً لا يؤمن أن يقل عن النصاب فلا يكون خلافاً ، وإن سكت عن الزكاة ففي «المدونة» الشأن أن يخرجها الزكاة ثم يقتسمان ما بقي .

الْعَمَلُ لَا يُشْتَرَطُ تَفْصِيلُهُ ، وَيُحْمَلُ عَلَى الْعُرْفِ

نحوه في «الجواهر»^(٢) ، وكلاهما محمول على ما إذا استقر فيه عرف غير مختلف ألا ترى إلى قولهما : (وَيُحْمَلُ عَلَى الْعُرْفِ) .

الباجي^(٣) : في ما كان له عرف قام مقام الوصف ، وما لم يكن له عرف فلا بد من وصفه من الجذاذ والسقي والحرت وسيأتي العمل .

(١) «البيان والتحصيل» (١٢/١٥٦) .

(٢) «الجواهر» (٣/٤٨) .

(٣) «المنتقى» (٧/٨) .

وَهُوَ الْقِيَامُ بِمَا تَفْتَقِرُ إِلَيْهِ الثَّمَرَةُ مِنَ السَّقْيِ وَالْإِبَارِ وَالتَّنْقِيَةِ وَالْجِدَادِ وَإِقَامَةِ الْأَدْوَاتِ مِنَ الدَّلَاءِ وَالْمَسَاحِي وَالْأَجْرَاءِ وَالْغُلْمَانِ وَالِدَوَابِّ وَنَفَقَتِهِمْ

اختلف في الإبار والتلقيح ، فجعلهما مالك مرة على صاحب الحائط ، وفي «المدونة»^(١) وغيرها هو على العامل ، وحمل ذلك بعضهم على الخلاف ، وجمع بعضهم بينهما ، فقال : معنى قوله : «على صاحب الحائط» أي : الشيء الذي يلحق به ، ومعنى قوله : «على العامل» أي : عمل ذلك وتعليق ما يحتاج إلى تعليقه ، وكذلك على العامل الحصاد والجداد وتبييس الثمرة .

ابن القاسم : والدراس ؛ لأنهم لا يستطيعون قسمه إلا بعد درسه ، وعلى العامل إقامة الأدوات كالدلء - جمع دلو - والمساحي والأجراء - جمع أجير - ، وكلامه ظاهر التصور ، واختلف في عصر الزيتون ، فقال ابن القاسم : ذلك على ما شرط منها ، هكذا حكى الباجي^(٢) عن «المدونة» ، والذي في المختصرات عندنا : إن شرط قسمته حباً جاز ، وإن شرط عصره على العامل جاز ليسارته .

ابن عبد السلام : وليس عصره عندنا باليسير ، وكذلك الحصاد في غالب الأمر ولقط الزيتون وجذاذه .

وقال ابن المواز : إن لم يكن فيه شرط فعصره بينهما ، وقال سحنون عن ابن القاسم : على العامل عصره إذا كان ذلك غالب عمل أهل البلد ، وإن شرط على العامل إن لم يكن ثم عرف جاز ، وإن شرط على رب الحائط عصر حصة العامل لم يجز .

سحنون : انتهى عمله جناه ، وقال في «كتاب محمد» : إن لم يشترط على أحد فهو بينهما ، وقال ابن حبيب : العصر على العامل وإن شرط على صاحب الحائط وكان له قدر لم يجز ورد العامل إلى إجارة مثله .

قال في «المدونة»^(٣) : وإن شرط العامل على رب النخل صرام النخل لم ينبغ ذلك .

فرع :

فإن قصر العامل على بعض ما شرط عليه ففي «العتبية» عن سحنون في من شرط عليه

(١) «المدونة» (١٢/١٧) .

(٢) «المنتقى» (٧/٨) .

(٣) «المدونة» (١٢/٦) .

حرث الأرض ثلاث حرثات ، فحرث حرثين ينظر جميع حمل الحائط ، والمشترط عليه من سقي وحرث وقطع ، فإن كان ما ترك الثلث حط من نصيبه ثلثه أو الربع حط الربع ، أما لو كان ما ترك من العمل وجد له بدل سماوي مثل أن يسقي الزرع بعض السقي فيستغني عن المطر ، ففي «الموازية» و «العتبية» : لا يحاسبه رب الحائط ، بذلك .

قال في «البيان»^(١) : ولا خلاف في ذلك ، قال : بخلاف الإجارة بالدنانير والدرهم على أن يسقي له حائطه زمان السقي ، وهو زمان معلوم عند أهل المعرفة فيسقي المطر الحائط ، فيجب أن يحط من إجارته قدر ما أقام المطر من الحائط ويسقط عنه في السقي .

وَمَا كَانَ فِيهِ يَوْمَ السَّقْيِ ؛ فَيَجِبُ لِلْعَامِلِ الْإِسْتِعَانَةُ بِهِ وَإِنْ لَمْ يَشْتَرِطْهُ

ولا تجوز المساقاة على إخراجها ؛ لأنه عليه الصلاة والسلام لم يخرج شيئاً مما في الحوائط .

اللخمي : قال ابن نافع ويحيى في «كتاب ابن مزين» : إذا كان في الحائط رقيق لا يدخلون إلا بشرط ، وكذلك أيضاً لا يجوز على المشهور اشتراط العامل ما لم يكن في الحائط ، وقال ابن نافع : لا بأس أن يشترط من الرقيق ما ليس فيه .

وَالْأَجْرَةُ عَلَى رَبِّهِ بِخِلَافِ نَفَقَتِهِمْ وَكِسْوَتِهِمْ

لما ذكر أنه يجب للعامل الاستعانة بما في الحائط من أجزاء وغيرهم ، بين أن الأجرة على ربه ، وهكذا في «الواضحة» ، وقيد اللخمي بما إذا كانت الأجرة وجيبة فتكون على رب الحائط إلى المدة التي واجبه عليها ، فإن فضل من مدة المساقاة عن مدة الوجيبة شيء فعلى العامل ، وإن كانت مدة الكراء غير وجيبة ؛ لأنه قال بعد أن قرر أن الأجرة على ربه : وهكذا إذا كان الأجير مستأجراً لجميع العمل ، وإن كان مستأجراً لبعضه فلم أر في ذلك نصاً ، وعندني أن عليه أن يقبض من يتم العمل ؛ لأنه لو مات للزمه ذلك ، فكذلك إذا انقضت مدة أجرته .

قوله : (بِخِلَافِ نَفَقَتِهِمْ وَكِسْوَتِهِمْ) أي : فإنها على العامل ، وفي «مختصر ما ليس في المختصر» : هي على رب الحائط فقدم في الأول الخبر ؛ لأنه عليه السلام لم يتكلف شيئاً من ذلك ، وقدم في الثاني القياس ؛ لأنهم رقيق رب الحائط ودوابه .

(١) «البيان والتحصيل» (١٥٧/١٢) .

ابن القاسم : وإن جهل العامل فلم يستثن ما في الحائط من رقيق ودواب وقال ربه : إنما ساقيتك بغيرهم ، إنهما يتحالفان ويتفاسخان .

الشيخ أبو محمد : انظر هذا وهو لا يجوز إخراجهم عنده فصار مدعياً لما لا يجوز .

الباجي^(١) : ومعناه على أصل ابن القاسم أن يجهل العامل ، فلم يقرر على صاحب الحائط أنهم في الحائط يوم المساقاة ولا يشهد عليهم بذلك ، ويعتقد أنهم في الحائط وأنهم له بمجرد العقد ، ثم اختلفا ، فقال صاحب الحائط : لم يكونوا في الحائط يوم العقد ، وقال العامل : بل كانوا فيه ، قال : وقد ذكر ابن مزين رواية عيسى هذه وزاد فيها : إلا أن يستثني رب الحائط الرقيق ، فتلزم المساقاة إلى أجلها ، وهذا يدل على صحتها على حسب ما قلناه ، وأما لو قال رب الحائط : إنهم كانوا في الحائط يوم العقد ، وشرط إخراجهم ، وأنكر ذلك على العامل ، وقال : شرطت إبقاءهم وأنكر الشرط ، فالقول قوله ؛ لأنه يدعي الصحة ، ولو قال رب الحائط : لم أشرط شيئاً لكني اعتقدت إخراجهم لم ينظر إلى ذلك وكانوا للعامل .

وَلِلْعَامِلِ خَلْفٌ مِّنْ مَّاتٍ أَوْ مَرِيضٍ ، وَلَوْ شَرَطَ أُجْرَتَهُمْ أَوْ خَلَفَهُمْ عَلَى الْعَامِلِ لَمْ يَجْزُ...

يعني : وكذلك لو غاب أو أبق ، وهذا معنى ما في «المدونة» و«الموطأ» ، ووجهه الباجي^(٢) بأن العقد كان على عمل في ذمة صاحب الحائط ولكنه تعين بالتسليم واليد كالذي يُكْرِي راحلته مضمونة ثم يسلم إحدى راحله إلى الراكب ، فإنه ليس له أن يبدلها ، ولم يكن ذلك بمنزلة العبد المستأجر بعينه ؛ لأنه لم يكن في الذمة .

وقوله : (وَلَوْ شَرَطَ أُجْرَتَهُمْ أَوْ خَلَفَهُمْ عَلَى الْعَامِلِ لَمْ يَجْزُ) لأنه شرط مخالف لسنة المساقاة .

وَمَا رَثَ مِمَّا كَانَ فِيهِ فَنِي تَعِينِ مُخْلَفِهِ قَوْلَانِ

يعني : أنه إذا بنينا على ما تقدم أنه يجب للعامل الاستعانة بما فيه من دلاء أو حبال ونحو ذلك ، فلو (رث) ذلك - أي : بلي - فاختلف في (تَعِينِ مُخْلَفِهِ) هل هو رب

(١) «المتقى» (١٠/٧) .

(٢) «المتقى» (١١/٧) .

الحائط أو العامل ؟ والقولان للقرويين .

الباجي^(١) : وكونه على العامل أظهر ؛ لأنه إنما دخل على أن ينتفع بها حتى تهلك أعيانها وأمد امتهاتها معلوم بخلاف العبد والدابة .

فَإِنْ سُرِقَ فَعَلَى رَبِّهِ إِخْلَافُهُ ، فَإِذَا مَضَى قَدْرُ الْإِنْتِفَاعِ بِالْمَسْرُوقِ جَاءَ الْقَوْلَانِ

أي : (فَإِنْ سُرِقَ فَعَلَى رَبِّهِ إِخْلَافُهُ) اتفاقاً ، فإذا أخلفه ربه وانتفع به العامل قدر ما ينتهي المسروق إليه ثم يختلف حينئذٍ ، فمن قال : الخلف إذا بلي في الفرع السابق على ربه ، قال : يستمر العامل على الاستعمال ، ومن قال : الخلف على العامل أخذ رب الحائط ذلك ، وهذا معنى قوله : (فَإِذَا مَضَى قَدْرُ الْإِنْتِفَاعِ بِالْمَسْرُوقِ جَاءَ الْقَوْلَانِ) في تعيين مخلفه ، وإنما يأتي هذا إذا أخلفه جديداً .

ابن عبد السلام : وذلك عندي لا يلزم ، وإنما يلزمه أن يخلفه بما هو مثل المسروق .

وَلَا يَجُوزُ شَرْطُ مَا يَبْقَى بَعْدَ انْقِضَائِهَا كَحَفْرِ بَثْرٍ وَإِنشَاءِ غَرْسٍ وَأَعْتَقَرِ اشْتِرَاطُ إِصْلَاحِ الْجُدْرِ وَكَنْسِ الْعَيْنِ وَرَمِّ الْحَوْضِ ...
الأعمال ثلاثة :

الأول : ما هو في نفس الشجر لأجل الثمرة فهذا جائز اشتراطه على العامل بل هو عليه ؛ وإن لم يشترط إذ ذاك عوض عن الثمرة التي يأخذها .

الثاني : ما ليس فيها ويبقى عند انقضاء المساقاة ؛ كحفر بثر وإنشاء غرس ، فلا يجوز اشتراطه على العامل ؛ لأن ذلك زيادة ، وإذا امتنع هذا فلأن يمتنع اشتراطه عمل شيء خارج عن الحائط ؛ كبناء بيت ونحو ذلك أولى .

قال في «الموازية» : ولا يشترط على العامل غرس نخل يأتي بها من عنده ، فإن كانت من عند رب الحائط في أصل شيء يسير لا تعظم فيه المؤنة فجائز ، ولا يجوز في كثير .

الثالث : ليس هو عملاً في نفس الشجر ولا خارجاً عنه ، ولا يبقى بعد مدة المساقاة نحو إصلاح الجدار وكنس العين ورم الحوض ، قال في «الرسالة» : من سد الحظيرة وهي : العيدان التي في أعلى الحائط مرتبطة ليمنع من التسور عليه ، ورم الضفيرة وهي : موضع يجمع فيه الماء كالصهريج ، وكذلك أيضاً رم العين ، أي تنقيتها ، وسرو الشرب ، والسرو

الكنس ، والشرب جمع شربة وهي : حياض يستنقع فيها الماء حول الشجر ، ورم القف وهو : الحوض الذي يفرغ فيه الدلو فيجري فيه إلى الضفيرة ، ويقال له : السلوقية ، وإصلاح الغرب وهو : الدلو الكبيرة ، الذي يرفع به الماء .

قال في «العتبية»^(١) : [حرف] (٢) القف وإصلاح كسر الزرنوق قيمته الدرهمات والدنانير على رب الحائط إن لم يشترطه ، وروي عن أشهب أنه لا يشترط على العامل إصلاح كسر الزرنوق .

وَلَا يَجُوزُ مُشَارَكَةُ رَبِّهِ وَلَا اشْتِرَاطُ عَمَلِهِ

أي : لا يجوز لرب الحائط أن يدفع إلى العامل الحائط على أن يكون شريكاً معه بالنصف أو بغيره من الأجزاء ، قال في «العتبية»^(٣) : وإنما المساقاة أن تسلم الحائط للداخل ، وكذلك لا يجوز اشتراط عمل يده ؛ لأن في ذلك تحجييراً ، وأجاز سحنون أن يشترط عمل ربه معه إذا كان الحائط كبيراً يجوز فيه اشتراط الغلام والدابة ، قال في «المدونة» : ولا ينبغي للعامل أن يشترط إلا ما قل مثل غلام أو دابة ، ولا يجوز ذلك في حائط صغير ، ورب الحائط تكفيه دابة واحدة ، فيصير كأنه اشترط جميع العمل على ربه ، فإن قلت : فما الفرق ؟ قيل : فرق بينهما صاحب «النكت»^(٤) بأنه ليست يد المالك كيد الغلام ؛ لأن يد المالك إذا بقيت معه فكأنه لم يسلمه إليه ولا رضي بأمانته ، والله أعلم .

فرع :

وإذا اشترط العامل دابة أو غلاماً ، فقال مالك في «العتبية»^(٥) وسحنون : إن ذلك لا يجوز إلا بشرط الخلف إن هلكا ، وقيل : يجوز ذلك وإن لم يشترط الخلف فالحكم بوجبه ، قال في «البيان»^(٦) : وهو ظاهر ما في «الواضحة» وما في «المدونة» محتمل للوجهين ، قال : والذي أقول به : إنه تفسير لجميع الروايات ، إنه إن عين الغلام والدابة

(١) «البيان والتحصيل» (١٢/١٦٠) .

(٢) في ط : رم .

(٣) «البيان والتحصيل» (١٢/١٦٠) .

(٤) «النكت والفروق» (٢/١٠٦) .

(٥) «البيان والتحصيل» (١٢/١٦١) .

(٦) «البيان والتحصيل» (١٢/١٦١) .

بإشارة إليهما أو تسميته فلا تجوز المساقاة على ذلك إلا بشرط الخلف ، وإن لم يعين فالحكم
يوجب الخلف وإن لم يشترط .

وَيُشْتَرَطُ تَأْقِيتُهَا ، وَأَقْلُهُ إِلَى الْجَدَادِ ، فَإِنْ أَطْلَقَ حَمَلَ عَلَيْهِ .

تصوره ظاهر ، قال مالك في «المدونة»^(١) : والشأن في المساقاة إلى [الجداد]^(٢) ، لا
تجوز شهر ولا سنة محدودة ، وهي إلى الجداد إذا لم تؤجل .

ابن القاسم : وإن كانت تطعم في العام مرتين فهي إلى الجداد الأول حتى يشترط
الثاني .

وَتَجُوزُ إِلَى سِنِينَ وَالْأَخِيرَةَ بِالْجَدَادِ مَا لَمْ تَكْثُرْ جِدَا ، قِيلَ : عَشْرَةٌ ، قَالَ : لَا أَدْرِي
تَحْدِيدَ عَشْرَةٍ وَلَا ثَلَاثِينَ وَلَا خَمْسِينَ ...

هكذا في «المدونة»^(٣) وهو يحتمل معنيين :

أحدهما : أنه لم يثبت عنده في ذلك شيء من السنة .

والثاني : أنه رأى أن ذلك يختلف باختلاف الحوائط ؛ إذ الجديد ليس كالقديم ، فلو
حدد لفهم الاقتصار على ذلك الحد .

صاحب المعين : والصواب في المساقاة أن تؤرخ بالشهور العجمية التي فيها الجذاذ ، فإن
أرخت بالعربية ، فإن انقضت قبل الجذاذ تمدى العامل إليه ، إلا أنه يستحب أن تكون
المساقاة من سنة إلى أربع ، فإن طالت السنون جدا فسخت ، انتهى .

ولما نقل أبو الحسن يؤرخ هنا بالعجمي ، قال هو : وهذا في السنين الكثيرة ؛ لأن
السنين بالعربي تنتقل .

قوله : (وَالْأَخِيرَةَ بِالْجَدَادِ) قال في «البيان»^(٤) : ولا خلاف في ذلك ، وسواء تقدم
الجذاذ أو تأخر عنها .

قال مالك في «الموازية» : وإن ساقى حائطاً في صفر سنة إحدى وسبعين ومائة إلى

(١) «تهذيب المدونة» (١٤٦/٣) .

(٢) في ط : الجداد .

(٣) «المدونة» (١٢/١٢) .

(٤) «البيان والتحصيل» (١٦٢/١٢) .

صفر سنة ثلاث وسبعين ، فإن وقى الأجل قبل طيب الثمرة وقبل جذاذها لم يستكمل من يده استكمل المساقاة فيه حتى يتم جذاذه .

اللخمي : ويحتمل قوله على أن الجذاذ قريب من انقضاء ذلك الأمد ، وأنهما يريان أن الثمرة تطيب في تلك المدة فيكونان قد قصدا إلى طيبها ، ولو كان الطيب يتأخر عن تلك المدة فالشيء البين لم يصح ذلك ؛ لأنه استعمله على بيع منافعه في تلك المدة ليأخذ ثمرة عامين .

ابن عبد السلام : إنما يتم هذا التقييد إذا لم يكن للعامل شيء في الثمرة الثالثة ، وأما إن كان له منها نصيبه على نسبة ما تقدم وهو ظاهر الروايات فلا فساد فيها ، والله أعلم .
وظاهر قوله : (الْجَدَادِ) جداد جميع الثمرة ، وعليه جميع العمل ولو بقي عشرون نخلة .

قال في «الموازية» : وكذلك العوائم وهي : المؤخرة الطيب .

وقال مطرف وابن الماجشون : إن كانت العوائم قليلة جداً فعلى رب الحائط سقي جميع حائمه ، عوائمه وما جدّ منه ، ويوفى العامل حقه من ثمن العوائم ، وإن كانت العوائم أكثر ، فعلى العامل سقي الحائط كله مثل ما إذا جدّ بعضه وبقي بعضه ، وإن كان متناصفاً أو متشابهاً ، فعلى العامل أن يسقي العوائم وحدها وعلى رب الحائط سقي باقيه .

مالك في رواية ابن وهب : وإن كان في الحائط أصول مختلفة من نخل وكرم ورمال فعليه أن يسقيه كله حتى يفرغ منه .

وقال ابن الماجشون : الحكم فيه كما تقدم في العوائم ، وقاله أصبغ ، وقال مطرف : كلما قطعت منها ثمرة فقد انقضت سقيها قلت أو كثرت ، واختاره ابن حبيب .

وَلِلْعَامِلِ أَنْ يُسَاقِيَ أَمِيناً غَيْرَهُ

هكذا في «المدونة»^(١) ، لكن ظاهرها أنه لا بد أن يكون في مثل أمانة الأول ؛ لقوله : إذا كان في مثل أمانته ، وعلى هذا الظاهر فهمها ابن عبد السلام ؛ لكن صرح اللخمي بالجواز ، وإن لم يكن في مثل الأمانة ، زاد في «المدونة»^(٢) : وإن ساقى غير أمين ضمن

(١) «المدونة» (٨/١٢) .

(٢) «المدونة» (٨/١٢) .

وذكر صاحب «البيان» (١) في باب المساقاة خلافاً هل يلزم أن يكون مثله في الأمانة أم لا ؟ لكنه قال : قد ذكرته في باب الشفعة في رسم «إن أمكنتني» ولم يذكره في هذا الرسم نصاً ، نعم ذكر ما يمكن أن يخرج منه الخلاف ، وهو أن المشتري إذا أخذ الشقص إلى أجل ، هل للشفيع أن يأخذ بالشفعة إلى ذلك الأجل وإن كان أقل ملاء من المشتري ؟ أو ليس له أن يأخذ إلا أن يكون مليئاً كالأول ، والله أعلم .

وقد صرح في موضع آخر من كتاب المساقاة أنه إنما قصد التخريج ، قال في «البيان» (٢) : وظاهر قول مالك : له أن يساقى أميناً ؛ أن المساقى الثاني محمول على غير الأمانة حتى يثبت أنه أمين ؛ بخلاف ورثته إذا مات فهم محمولون على الأمانة حتى يثبت أنهم غير أمناء ، بخلاف القراض فإنهم محمولون على أنهم غير أمناء حتى يثبت أنهم أمناء ، هذا ظاهر ما في «المدونة» في القراض والمساقاة ، والفرق بينهما أن مال القراض يغاب عليه بخلاف الحائط في المساقاة .

خليل : وهذا هو الفرق بين المساقاة في إجازة مساقاة العامل غيره ، وعدم جواز مقارضة العامل غيره كما قدمته .

قال في «المدونة» (٣) : ولا تنتقض المساقاة بموت أحدهما فإن مات العامل ، قيل لورثته : اعملوا فإن أبوا لزم ذلك في ماله .

فرع :

قال في «المدونة» (٤) : قال ابن مسلمة : المساقاة بالذهب والورق كبيع ما لم بيد صاحبه ، فلا يجوز أن يربح في المساقاة إلا ثمراً ؛ مثل أن يأخذ على النصف ، ويعطي على الثلثين فيربح السدس ، أو يربح عليه .

قال بعضهم : وقوله : إن المساقاة بالذهب كبيع الثمرة كلام مشكل .

عياض : ومعناه عندي أنها إذا وقعت بالذهب والورق ، فكأن العامل باع نصيبه من الثمر قبل أن يظهر ويحل بيعه .

(١) «البيان والتحصيل» (١٢/١٤٧) .

(٢) «البيان والتحصيل» (١٢/١٤٧) .

(٣) «المدونة» (١٢/١٧) .

(٤) «المدونة» (١٢/١٧) .

وقوله : «ألا ترى... إلى آخره» هو خلاف مذهب مالك ، ومالك لا يجيز هذا ، قال بعض شيوخنا : لأنه إن كان زاده السدس من الحائط ، فقد باع ذلك على ربه بغير إذنه ، وباع ما لم يبعه منه ، ولو شرط ذلك في ذمته كان بيع الثمرة على جزأين : جزء في الحائط ، وجزء في ذمة العامل وذلك فاسد .

وقال غيره : معنى ما وقع من إجازة ذلك أن المساقى الثاني لم يعلم أن الأول أخذه على النصف ، ولو علم بذلك لم يجز للعلة المذكورة ، وكان للعامل أجر مثله ، انتهى .

ابن يونس : ومالك في «الموازية» : إذا أخذه على النصف ودفعه على الثلثين إلى غير ربه عالم بذلك ، فربُّه أولى بنصف الثمرة ويرجع الثاني على الأول بما بقي ، وكذلك في «العتبية» عن مالك : ولا بأس أن يدفعه مساقاة لربِّ الحائط بأقلِّ مما أخذه إذا لم تطب الثمرة ولا يجوز بمكيلة مسماة ولا بثمر نخلة معروفة ، ولا بشيء غير الثمرة ، ولا بأكثر مما أخذ منه ويصير العامل يحتاج إلى أن يزيد من ثمر حائط آخر .

ابن يونس : وأجاز دفعه إلى غير ربِّ الحائط بأكثر مما أخذه ، فإذا أجاز ذلك مع غير ربِّه ، وهو إنما يدفع أكثر مما بقي من غير الثمرة التي في الحائط ، فكذلك يجوز مع ربِّه لا فرق بينهما ، إما أن يجوز فيهما أو يمنع فيهما وهذا أبين ، ويحتمل أن يفرق بينهما بأن رب الحائط عالم أنه يعطيه الزيادة من حائط آخر ؛ لأنه عالم بمساقاته ، والأجنبي غير عالم ، فلو علم لم يجز فيها ، انتهى .

وقال ابن رشد^(١) : لما ذكر مسألة «الموازية» وقال فيها : إن ربه عالم ، هذا عندي على القول بأن السكوت ليس كالإذن وهو أحد قولي ابن القاسم ، وأما على القول بأنه كالإذن ، فيجب أن يكون أحق بثلثي الثمرة ، ويرجع ربُّ الحائط على العامل الأول ، قال : بمثل سدس الثمرة ، وإن كان الأول أحقُّ بمثل نصف الثمرة فهو مثل ما في «المدونة» ، قال : وهذا كلام خرج على غير تحصيل ؛ لأن الواجب أن يرجع عليه بقدر ما لصاحب الحائط من حظه من الثمرة في قيمة عمله ، ويلزم على هذا إذا علم العامل الثاني أن الأول على النصف أن تكون المساقاة فاسدة ؛ لأنه دخل على أن تكون نصف الثمرة وقيمة ربع عمله ، وذلك مما لا يحلّ وقد رأيت له لبعض أهل النظر .

(١) «البيان والتحصيل» (١٢/١٥٢) .

فَإِنْ عَجَزَ وَلَمْ يَجِدْ أَسْلَمَهُ وَلَا شَيْءَ لَهُ

أي : فإن عجز العامل عن العمل ولم يجد أميناً يساقيه عليه أسلم الحائط لربه ولا شيء له ولا عليه ، وهكذا قال في «المدونة»^(١) .

ابن عبد السلام : وظاهر «المدونة» وغيرها أن ذلك للعامل ، وإن لم يرض رب الحائط ، وأخذ منه أن المساقاة لا تلزم بالعقد وقد تقدم ، ولأنهم قضوا لرب الحائط إذا غارت عين السقي ، إن كان قبل العمل فلا شيء على رب الحائط ، وإن كان بعده لزمه أن ينفق بقدر ما يقع من الثمرة ، وإن لم يكن عنده شيء فللعامل أن ينفق مثله ، ويكون نصيبه من الثمر رهناً بيده .

خليل : وظاهر «المدونة» أن ذلك للعامل وإن لم يرض رب الحائط أي لقوله فيها : وإذا عجز العامل عن السقي قيل له : ساق إن شئت أميناً ، فإن لم تجد أسلم الحائط إلى ربه ثم لا شيء له ولا عليه ؛ لأنه لو ساقاه إياه جاز كجواز الأجنبي ، وظاهر قوله : «أسلم الحائط إلى ربه» ما ذكر ، لكن تأول «المدونة» أبو الحسن وغيره بأن معناه إذا تراضيا على ذلك ، ويدل عليه تعليقه بقوله : لأنه لو ساقاه ، والمساقاة لا تلزم إلا برضاها .

خليل : وهذا التأويل متعين ، فقد قال قبل ذلك في «المدونة»^(٢) : وإن عجز العامل وقد حل بيع الثمرة لم يجز أن يساقى غيره ، وليستأجر من يعمل معه [فإن لم يجد إلا أن يبيع نصيبه ، ويؤجر به فعل]^(٣) ، فإن كان فيه فضل فله ، وإن نقص كان ذلك في ذمته إلا أن يرضى رب الحائط أخذه ويعفيه من العمل ، فذلك له ، وقد نص اللخمي وابن يونس على خلاف ما قاله .

ابن عبد السلام : أيضاً لأنهما قالوا : لو قال رب الحائط إنما أستأجر من يعمل تمام العمل وأبيع له ما طاب من الثمرة وأستوفي ما أديت فإن فضل فله ، وإن نقص أتبعته أن ذلك له .

ابن يونس : لقول ابن القاسم في المتزارعين يعجز أحدهما بعد العمل وقبل طيب

(١) «المدونة» (١٧/١٢) .

(٢) «تهذيب المدونة» (١٤٤/٣) .

(٣) سقط من ط .

الزرع، وقال أيضاً : يقال لصاحبه : اعمل فإذا طاب الزرع بع وتستوفي حقه ، فما فضل فله ، وما عجز أتبعته به ؛ لأن العمل كان لازماً له وكذلك هذا .

وفي اللخمي : قال ابن القاسم في المساقى يعجز بعد صلاح الثمرة بأنه يباع نصيبه ويستأجر عليه منه ، فإن كان فضل كان له ، وإن كان نقصان اتبع به .

وقال سحنون : إذا عجز رد إلى ربه بمنزلة ما إذا عجز هو قبل صلاحه ، قال : والمساقاة أولها لازم كالإجارة وأخرها إذا عجز كالجعل يسلم لربه ولا شيء له ، والقول الأول أبين ، وقد خالف هذا الجعل بأنه عقد لازم لا خيار فيه ، انتهى .

وظاهر قوله : (لا شيء له) ولو انتفع رب الحائط بما عمل العامل فيه وهو ظاهر «المدونة» أيضاً .

وقال اللخمي : له فيه قيمة ما انتفع به من العمل الأول قياساً على قولهم في الجعل على حفر البئر ، ثم يترك ذلك اختياراً ، وأتم صاحب البئر حفرها ، وقد قدمنا نحو هذا من كلام ابن يونس في القراض .

وَلَهُمَا أَنْ يَتَقَايَلَا

قال في «المدونة»^(١) : وإن تقايلا على شيء يأخذه أحدهما فليس هذا بيع ثمر لم يبدُ صلاحه ؛ إذ للعامل أن يساقى غيره فرب الحائط كأجنبي إذا تاركة .

ابن عبد السلام : وظاهر كلامهم أن الإقالة تجوز في جميع أحوال الثمرة قبل الزهو وبعده ، وتقدم أن المشهور منع مساقاة ما حل بيعه .

ابن المواز : وإن تقايلا على شيء غير الثمرة أو من الثمرة بمكيلة مسماة أو ثمر نخلة معروفة أو على أكثر مما أخذ ، حيث يصير العامل يزيد من ثمر حائط آخر لم يجز ، وأما إن كان على جزء مسمى ولم تطب الثمرة ، فإن كان قبل العمل ، فقال في «البيان»^(٢) : لا خلاف في جوازه على مذهب مالك الذي يرى المساقاة من العقود اللازمة ، وعلى مذهب من يرى أنها من العقود الجائزة ؛ [التي لا تلزم]^(٣) لأن الجزء الذي يعطيه للعامل

(١) تهذيب المدونة « (٣/١٤٦) .

(٢) «البيان والتحصيل» (١٢ / ١٥٩ - ١٦٠) .

(٣) سقط من ط .

على هذا القول هبة من الهبات ، وأما بعد العمل فأجازه ابن القاسم في رسم الأفضية والأجباس من سماع أصبغ ، وقال أصبغ : لا يجوز ، وعلمه باتهام رب الحائط على استئجار العامل تلك الأشهر بسدس ثمر الحائط ، فصارت المساقاة دلسة بينهما ، وصار من بيع الثمار قبيل بدو صلاحها .

وقال ابن حبيب : إن تَنَارَكَا بجعل دفعه العامل إلى رب الحائط ؛ يعني : من غير الثمرة ، فعثر عليه قبل الجذاذ ، رد الجعل ورجع العامل إلى مساقاته ، وغرم لرب الحائط أجر ما عمل بعد رده عليه ، وكذلك إن كثر عليه بعد الجذاذ فللعامل نصف الثمرة ، ويؤدي قيمة ما عمل بعد رده ويأخذ ما كان أداءه .

وعلى هذا فالمصنف أطلق في محل التقييد ؛ إذ لم يفرق بين أن يكون قبل العمل أو بعده ولا شيء أو بغير شيء .

وَلَا يَنْفَسِخُ بِفَلْسِ رَبِّهِ وَيَبَاعُ مَسَاقِي ، وَقِيلَ : لَا يَبَاعُ حَتَّى تَنْقَضِيَ أَوْ يَتْرُكَهَا

يعني : سواء فلس ربه قبل أن يعمل العامل أو بعده ، هكذا صرح في «المدونة»^(١) .

وقوله : (وَلَا يَنْفَسِخُ بِفَلْسِ رَبِّهِ) يعني : إذا تقدم عقد المساقاة على الفلس ، فأما إن تأخر فللغرماء فسسخها وتباع ، أي : إذا قلنا : إن المساقاة لا تنفسخ ، فقال ابن القاسم في «المدونة»^(٢) : للغرماء أن يبيعوا الحائط على أنه مساقى منه كما هو ، فقليل له : لم أجزته [ولو أن رجلاً باع حائطه واستثنى ثمرته لم يجوز]^(٣) ؟ قال : هذا وجه الشأن فيه ، وليس هذا عندي باستثناء ثمره ، وقال غيره : لا يجوز بيع الحائط حينئذ ، ويوقف الشقص إلى أن تنقضي المساقاة أو يرضى العامل فيتركه ، فيحل بيعه .

وطرحه سحنون : وقال : بيعه جائز للضرورة ، وقال في «كتاب ابنه» : إنما يجوز بيعه إذا كانت المساقاة سنة واحدة لجواز بيع الربع والحوائط على أن تنقضي بعد سنة ، وإن كانت المساقاة إلى سنين لم يجوز .

ابن يونس : وهذا خلاف قوله الأول وهو أصح ، وقد تقدم أن ابن المَوَاز قال : إنما يجوز بيعه إذا أبرت ؛ لأنه قال : إن أبرت فطابت فذلك جائز علم المبتاع أو لم يعلم ،

(١) «المدونة» (١٩/١٢) .

(٢) «تهذيب المدونة» (١٤٨/٣) .

(٣) سقط من ط .

وإن لم تؤبّر لم يجز البيع علم المشتري بالسقي أو لم يعلم شيئاً أو أبى إذ لا يجوز للبائع حينئذ استثناء شيء من الثمرة إذا لم تؤبّر ، وقال في المشتري يخرج العامل بشيء يعطيه من غير الثمرة فلا يجوز وأما بجزء منها أو بغير شيء فجائز .

الرَّابِعُ الصَّيْغَةُ مِثْلُ : سَأَقِيْتُكَ وَعَامَلْتُكَ عَلَى كَذَا ، فَيَقُولُ : قَبِلْتُ ، وَمَا فِي مَعْنَاهَا مِنْ قَوْلٍ أَوْ فِعْلٍ ...

هكذا قال ابن شاس^(١) ، والواو في قوله : (وَمَا فِي مَعْنَاهَا) بمعنى (أو) .

وقوله : (وَمَا فِي مَعْنَاهَا) عائد على (قَبِلْتُ) ولا يعود على (الصَّيْغَةُ) لأن قوله : (مِنْ قَوْلٍ أَوْ فِعْلٍ) لا يصح أن يكون تفسيراً للصيغة إلا بتجوز ، وقد تقدم أن المساقاة لا تنعقد عند ابن القاسم إلا بلفظ ساقيتك ، وحكى صاحب «المقدمات»^(٢) وغيره أن المساقاة تنعقد عند سحنون بـ (آجرتك) فـ (عاملتك) مثلها ، ولم أر من صرح بأن سحنون يرى الانعقاد بالفعل ، والله أعلم .

وَلِلْفَاسِدَةِ ثَلَاثَةٌ أَحْوَالٍ : قَبْلَ الْعَمَلِ فَتَنْفَسِحُ

لما ذكر أركان الصحيحة وشروطها ، علم أن الفاسدة ما اختل منها ركن أو شرط ولا خلاف فيما ذكره .

الثَّانِيَةُ : بَعْدَ الْفَرَاغِ فَارْبَعَةٌ أَقْوَالٌ : لِلْعَامِلِ أُجْرَةُ الْمِثْلِ ، وَمُسَاقَاةُ الْمِثْلِ مُطْلَقاً ، وَمُسَاقَاةُ الْمِثْلِ مَا لَمْ يَكُنْ أَكْثَرَ مِنَ الْجُزْءِ الَّذِي شَرَطَ عَلَيْهِ إِنْ كَانَ الشَّرْطُ لِلْمُسَاقِي ، أَوْ أَقَلَّ إِنْ كَانَ لِلْمُسَاقِي ، وَالرَّابِعُ : قَوْلُ ابْنِ الْقَاسِمِ : إِنْ خَرَجَا عَنْ مَعْنَاهَا كَاشْتِرَاطِ زِيَادَةِ مَنْ عَيْنٍ أَوْ عَرَضٍ فَأُجْرَةُ الْمِثْلِ فَإِنْ لَمْ يَخْرُجَا كَمُسَاقَاتِهِ مَعَ ثَمَرٍ أَطْعَمَ ، أَوْ اشْتَرَاطِ عَمَلٍ رَبِّهِ مَعَهُ ، أَوْ مُسَاقَاةٍ مَعَ بَيْعٍ فِي صَفْقَةٍ ، أَوْ سَنَةٍ كَذَا ، فَمُسَاقَاةُ الْمِثْلِ ...

(بَعْدَ الْفَرَاغِ) أَي : مِنَ الْعَمَلِ ، (فَارْبَعَةٌ أَقْوَالٌ) : أَي الْقَوْلُ بِأُجْرَةِ الْمِثْلِ قَالَ فِي «البيان»^(٣) و«المقدمات»^(٤) : يَأْتِي عَلَى قَوْلِ عَبْدِ الْعَزِيزِ بْنِ أَبِي سَلْمَةَ فِي الْقِرَاضِ أَنَّهُ يَرِدُ

(١) «الجواهر» (٤٩/٣) .

(٢) «المقدمات» (١٨٣/٢) .

(٣) «البيان والتحصيل» (٤١٨/٤) .

(٤) «المقدمات» (١٨٤/٢) .

فيه إلى أجرة المثل ، ومساقاة المثل هو القول الثاني ، قال في «المقدمات»^(١) : وعليه يأتي قول أصبغ في «العتبية» في الذي يساقي الرجل في الحائط على ألا يحمل أحدهما نصيب صاحبه من الثمرة إلى منزله وهو بعيد ، وهما مبنيان على أن المستثنى من أصل هل يرد إذا فسد إلى صحيح أصله أو صحيح نفسه ؟
قوله : (وَمُسَاقَاةُ الْمِثْلِ... إلى آخره) هذا هو القول الثالث ، وذكره في «المقدمات» ، وهو أن الفاسد يرد إلى مساقاة مثله .

(مَا لَمْ يَكُنْ أَكْثَرَ مِنَ الْجُزْءِ الَّذِي شَرَطَ عَلَيْهِ إِنْ كَانَ الشَّرْطُ لِلْمُسَاقِي)

بكسر القاف وهو رب الحائط ؛ لأن العامل قد رضي أن يأخذ الجزء مع زيادة شرط عليه فأولى أن يأخذ مع عدم الشرط ، ويرد إلى مساقاة المثل ما لم يكن أقل من الجزء الذي دخلا عليه إن كان الشرط للعامل وهو المساقى بفتح القاف ، وحاصله إن كان رب الحائط هو المشترط للزيادة فللعامل أقل الأمرين من مساقاة المثل أو الجزء الذي دخل عليه ، وإن كان المشترط هو العامل فله أكثرهما ، وتصور القول الرابع بين ، وذكر فيه أربعة أمثلة يرد فيها إلى مساقاة المثل ، والمثالان الأولان في «المدونة» والأخيران في «العتبية» .

قال في «المقدمات»^(٢) : ويتخرج على المثال الرابع ما إذا ساقاه حائطا بكراء وأبقى صاحب «المقدمات» قول ابن القاسم على إطلاقه من التفرقة المذكورة ، قال : ويأتي على مسائل كثيرة مسطرة لابن حبيب وغيره ، قال : وكان ينبغي لنا عند من أدركنا من الشيوخ أن ما يرد فيه إلى مساقاة المثل على مذهب ابن القاسم هذه الأربعة فقط وما عداها فأجرة المثل ، فعلى تأويلهم عن ابن القاسم .

ابن راشد : وحفظت عن الشيخ القرافي صورة خامسة يرد فيها إلى مساقاة المثل ، وهي : إذا ادعى كل منهما ما لا يشبه وتحالفا ، وقد نظمت فيها هذه الأبيات :

وأجرة مثل في المساقاة عينت	سوى خمسة قد خالف الشرع حكمها
مساقاة إبان بدو صلاحها	وجزأين في عامين شرط يعمها
وإن شرط الثاني على عامل له	مساعدة والبيع فافهمها كلها
وما قد مضاه الحكم بعد تحالفا	فدونك أبياتا حسانا فلمها

(١) «المقدمات» (٢/١٨٤) .

(٢) «المقدمات» (٢/١٨٥) .

ولما ذكر عياض صورتى «المدونة» وصورتى «العتبية» ، قال فى سماع عيسى مسألة خامسة وهى مساقاة حائط على أن يكفيه مؤنة آخر ، قال : وكذلك يلزم فى مساقاة حائطين على اختلاف الأجزاء ، وكذلك إذا اشترط العامل دابة أو غلاماً ليس فى الحائط ، وهو صغير تكفيه الدابة ، ولذلك إن اشترط عليه أن يحمله إلى منزله فى كل هذا يرد إلى مساقاة المثل الأربعة التى ذكرها عياض والصورة التى ذكرها القرافي ، والله أعلم .

الثالثة: **فِي أَثْنَاءِ الْعَمَلِ تَنْفَسِحُ إِنْ كَانَ الْوَأَجِبُ أُجْرَةَ الْمِثْلِ وَتَمْضِي إِنْ كَانَتْ مَسَاقَاةَ الْمِثْلِ...**

أى : الحالة الثالثة أن يطلع عليه فى أثناء العمل ، فتفسخ المساقاة إن كان الواجب أجرة المثل كما فى الإجارة الفاسدة ؛ لأنه يكون له بحساب ما عمل ، وإن حكمنا بمساقاة المثل فالضرورة داعية إلى تمام العمل ؛ لأن التقدير إنما يدفع للعامل من الثمر ، ولأننا لو فسخناها لزم أن يكون للعامل شيء لما تقدم أنها كالجعل لا شيء للعامل إلا بتمام العمل ، وعلى هذا القول فلا بد أن يكون شرع فى العمل بما له بال ، أشار إليه عياض .

ابن عبد السلام : وقد ظهر أن أجرة المثل متعلقة بالذمة ، ومساقاة المثل متعلقة بالحائط ، وقد تقدم فى القراض خلاف فى هذا .

وَحُكْمُهَا بَعْدَ سَنَةٍ مِنْ سِنِينَ كَحُكْمِهَا فِي أَثْنَاءِ سَنَةٍ

أى : فتفسخ إن كان الواجب أجرة المثل ، وتمضي إن كان الواجب مساقاة المثل .

كتاب المزارعة

المُزَارَعَةُ: الْمَشْهُورُ جَوَازُهَا وَإِنْ لَمْ يَشْتَرِكَا فِي الدَّوَابِّ وَالْآلَةِ

دائرة بين الشركة والإجارة فلهذا وقع الاختلاف في لزومها بالعقد فقيل : تلزم تغليبا للإجارة ، وهو قول سحنون ، وقيل : لا تلزم تغليبا للشركة ولكل واحد منهما أن يفصل عن صاحبه ما لم يذر .

ابن رشد^(١) : وهو معنى قول ابن القاسم في « المدونة » ونص رواية أصبغ عنه في « العتبية » ، وقيل : لا تلزم إلا بالشروع في العمل ، وهو قول ابن كنانة في « المبسوط » ، وبه جرت الفتوى عندنا بقرطبة ، وهو على قياس رواية ابن زياد عن مالك أن الجاعل يلزمه الجعل بشروع المجمعول له في العمل .

وقوله : (الْمَشْهُورُ جَوَازُهَا) هو مذهب « المدونة » ، والشاذ رواية ابن غانم ، لا تجوز حتى يشتركا في كل نوع .

والذي في النسخ (وَإِنْ) يثبت الواو ، والصواب إسقاطها ؛ لأن إثباتها يوجب أن يكون الخلاف مع التساوي في جميع الأشياء وليس كذلك ، وقد صرح عياض بنفي الخلاف فيها .

وأجاب بعض من تكلم على هذا الموضوع بأن قوله : (وَإِنْ لَمْ يَشْتَرِكَا) حال معطوفة على حال مقدره ؛ أي : المشهور جوازها في حال الاشتراك ، وفي حال عدم الاشتراك والخلاف راجع إلى الحال المعطوفة لا المعطوف عليها .

خليل : وفيه تعسف .

وَشَرْطُهَا: السَّلَامَةُ مِنْ كِرَاءِ الْأَرْضِ بِمَا يُمْنَعُ كِرَاؤُهَا بِهِ ، فَمَتَى كَانَ جُزْءٌ مِنَ الْبَدْرِ فِي مُقَابَلَةِ جُزْءٍ مِنَ الْأَرْضِ فَسَدَّ...

أي : شرط جوازها (السَّلَامَةُ مِنْ كِرَاءِ الْأَرْضِ) لما يمنع من كرائها به ؛ لأنه عليه السلام نهى عن ذلك ، وهذا هو المشهور وعلى قول الداودي ، ويحيى بن يحيى الأصيلي : يجوز كراء الأرض بما يخرج منها ، وتجوز المزارعة وإن كان جزء من البذر في مقابلة جزء

(١) « المقدمات » (٢/٢١١) .

من الأرض ، وقال : السلامة من كراء الأرض بما يمنع كراؤها به وعدل عما يقوله أهل المذهب : أن يسلم من كراء الأرض بما يخرج منها لقصور عبارتهم ، فإن كلامه يشمل ما يخرج منها وما لا يخرج من الطعام كالسمن والعسل وغيرهما ، وروي عنه أن ما لا يخرج منها لا مدخل له في المزارعة ، فلذلك اکتفوا بعبارتهم .

قوله : (فَمَتَى كَانَ) كالنتيجة عما قبله ، ومثاله ما في « الواضحة » و« كتاب ابن سحنون » : إذا أخرج أحدهما الأرض وثلاث البذر ، والآخر العمل وثلاثي الزريعة ؛ لأن زيادة الزريعة كراء الأرض ، أو أخرج أحدهما ثلاثي الأرض وثلاث البذر ، والآخر ثلاث الأرض وثلاثي البذر والعمل ، والزرع بينهما نصفين لم يجز .

سحنون : لأنه أكرى سدس أرضه بسدس بذر صاحبه ، والبذر بالذال المعجمة نص عليه الجوهري وغيره .

وَفِي أَرْضٍ لَا خَطْبَ لَهَا قَوْلَانِ

لا يريد أنهما تساويا فيما عدا الأرض ، والأرض من عند أحدهما ، فإن هذه ستأتي ، بل مراده إذا أخرج أحدهما البذر والآخر العمل والأرض ، فإن كانت الأرض لها خطب ؛ أي : قدر لم يجز ، وإن كانت ليس لها خطب فحكى المصنف وغيره قولين ، وتقدير كلامه : وفي جواز إلغاء الأرض مقابلة لبذر ، فحذف مضافين وصفة .

والجواز لسحنون ، وهو مبني على جواز التطوع بالتافه في العقد .

والثاني لابن عبدوس ، ورأى أنه يدخله كراء الأرض بما يخرج منها .

ابن يونس : وهو الصواب .

وَيُشْتَرَطُ أَنْ يَكُونَ مَا يَقَابِلُهَا مُعَادِلًا لِكِرَائِهَا عَلَى الْمَنْصُوصِ ، وَقِيلَ : إِلَّا فِيمَا لَا خَطْبَ لَهُ ...

تقدم أن شرط المزارعة السلامة من مقابلة الأرض ببذر فالضرورة أن ما يقابلها من عمل أو بقر ، فذكر أن من شرط ما يقابلها من عمل ويقر أن يكون معادلاً ، أي مساوياً لكرائها على المنصوص ، كما لو أن كراء الأرض ألف دينار والعمل يساوي خمسمائة والبقر كذلك ، والمنصوص قول مالك وأصحابه .

سحنون : وهو صواب لأن سنة الشركة التساوي ، فإذا خرجت عن ذلك خرجت عن

حد ما أرخص فيه منها وصارت إجارة فاسدة .

وقوله : (وَقِيلَ) هو مقابل المنصوص ، وهو قول ابن حبيب ، وقد تقدم غير مرة أن المصنف تارة يقابل المنصوص بمنصوص مثله ، وتارة يقابله بمخرج .
قال في «المقدمات»^(١) : ومن غلب الإجارة ألزمها في العقد وأجاز التفاضل بينهما ولم يراع التكاثر .

ابن حبيب : إلا أن يتفاحش مثل أن يكون قيمة [كراء]^(٢) ما أخرجه أحدهما أكثر من قيمة ما أخرجه صاحبه بالأمر البين الذي لا يتغابن بمثله في البيع ، وقال [ابن]^(٣) سحنون : ذلك جائز وإن تفاحش وتباين التفاضل .

فَلَوْ كَانَتْ الْأَرْضُ مِنْهُمَا وَالْبَذْرُ مِنْهُمَا وَتَسَاوَيَا فِي الْعَمَلِ أَوْ الْبَذْرُ مِنْ أَحَدِهِمَا وَمُقَابِلُهُ عَمَلٌ يُسَاوِيهِ - جَازَ خِلَافًا لِابْنِ دِينَارٍ وَقِيلَ : يُغْتَفَرُ الْبَسِيرُ فِيهِمَا ، وَقِيلَ : وَالْكَثِيرُ فِي الثَّانِيَةِ ..
أما الصورة الأولى : فقال عياض وغيره : لا خلاف فيها ؛ لأنهما تساويا في الأرض والبذر والعمل .

قوله : (وَتَسَاوَيَا فِي الْعَمَلِ) يريد : فيما به العمل وهو البقر ، وعلى هذا فخلاف ابن دينار عائد على الثانية فقط لعدم الخلاف في الأولى ؛ ولأنه لو أراد الخلاف فيهما لقال : على الأغلب من عادته خلافاً لابن دينار فيهما .

الصورة الثانية : أن يخرج أحدهما البذر ويقابله الآخر بعمل يساويه وتكون الأرض بينهما وجاز لسلامتها من كراء الأرض بما يخرج منها ، وقول ابن دينار نقله سحنون ، قال : وجعله مثل ذهب وعرض بذهب وعرض ، يعني أن أحدهما أخرج بعض الأرض والطعام في مقابلة بعض الأرض .

سحنون : وهذا جائز بخلاف المرافعة ، على أن المصنف لو استغنى بما قدمه من قوله : (وَالْمَشْهُورُ جَوَازُهَا وَإِنْ لَمْ يَشْتَرِكَا) لكان أحسن ولا يقال : مأخذ الرواية الشاذة غير مأخذ ابن دينار ؛ لأن الرواية الشاذة مأخذها إنما هو ؛ لأن حقيقة الشركة إنما تكون إذا اشتركا في الجميع ومأخذ ابن دينار في المنع في هذه المسألة إنما هو لفظ ، فلعل المصنف ذكره لاختلاف المأخذين ؛ لأننا نقول : المصنف لم يذكر مأخذ القولين ، والله أعلم .

(١) «المقدمات» (٢/٢١١) .

(٢) سقط من ط .

(٣) سقط من ط .

تنبيه :

ذكر اللَّخْمِيّ وابن يونس وغيرهما أن سحنون نقل خلاف ابن دينار في الصورة الثانية .

وقال ابن راشد : لم ينقل ابن يونس خلاف ابن دينار في الصورة الثانية ، وإنما نقله في صورة أخرى ، وهي إذا كان البذر من عند أحدهما والأرض من عند الآخر ، وفيه نظر ؛ لأن هذه الصورة ممنوعة على المذهب بلا إشكال ، ولعل سبب ذلك أن النسخة التي نظرها من ابن يونس سقيمة .

وقوله : (وَقِيلَ : يُغْتَفَرُ الْيَسِيرُ فِيهِمَا) أي : في الصورتين ، وذلك أنه لما قال في الأولى : (وَتَسَاوِيًا فِي الْعَمَلِ) وقال في الثانية : (وَمُقَابِلُهُ عَمَلٌ يَسَاوِيهِ) وأشعر ذلك اشتراط التساوي وأنه لا يغتفر فيهما تفاوت يسير ولا كثير ، وذكر قولين آخرين :

أحدهما : أنه يغتفر التفاوت اليسير في الصورتين ، وهو قول ابن حبيب .

والثاني : أنه يغتفر اليسير في الأولى والكثير في الثانية .

ووجهه أن الأولى دخلا فيها على حقيقة الشركة دون مباحة لاشتراكهما في جميع الأشياء وذلك موجب لطلب الاعتدال بينهما فلا يغتفر إلا اليسير الذي تدعوه الضرورة إليه .

وأما الثانية : فقصدها المبالغة وهي لا يشترط فيها التساوي ، بل هي مظنة المغابنة وهذا القول لسحنون ، ولا يقال : هذا التوجيه يقتضي المنع من الأصل لمنع اجتماع الشركة مع البيع ؛ لأننا نقول : إنما يمنع البيع مع الشركة إذا كان البيع خارجاً عن الشركة ، والله أعلم .

وَأَمَّا لَوْ تَبَرَّعَ أَحَدُهُمَا بَعْدَ الْعَقْدِ فَجَائِزٌ مِنْ غَيْرِ شَرْطٍ وَلَا عَادَةٍ كَالشَّرِكَةِ

أي : ما معناه من التفاضل إنما هو قبل العقد ، وأما لو تبرع أحدهما بعده أو سلفه فذلك جائز من غير وأي ولا عادة ، والوأي : الوعد وهو أحسن من كلام المصنف ؛ لأنه إذا امتنع في الوعد فأولى في الشرط ولا ينعكس .

وقوله : (بَعْدَ الْعَقْدِ) نحوه لسحنون أي ولا يشترط العمل ، وعلله الشيخ أبو محمد بكون الشركة لازمة بالتعاقد ، وعلى القول بنفي اللزوم قبل العمل فهو وإن وقع بعد العقد وقبل العمل بمنزلة الواقع قبله .

وقد حكى أبو الحسن في جواز فضل أحدهما على الآخر بما له بال بعد العقد قولين ، قال : وهما مبينان على أن الشركة تلزم بعد العقد أم لا ، وقد تقدم أن صاحب «المقدمات»^(١) قال : الذي جرت به الفتوى أن المزارعة إنما تلزم بالعمل ، وعلى هذا فيكون كلام المصنف جارياً على هذا القول .

وقول المصنف : (كَالشَّرِكَةِ) أشار به إلى ما قدمه وهو قوله : فإن وقعت على تفاضل الريح أو العمل فسدت ، ولزم التراد في الريح وفي العمل أجرة المثل في نصف الزيادة ، وأما لو تبرع أحدهما بعد العقد من غير شرط فجائز .

ونقل ابن يونس عن ابن حبيب قولاً آخر ، قال : إن عقدا على ألا يعتدلا ولا يتكافيا جاز ما فضل به أحدهما الآخر طوعاً قل أو كثر إذا اعتدلا في الزريعة ثم تفاضلا في غيرها وسلمنا من أن يكون للأرض كراء من الزريعة .

وَلَوْ كَانَتْ الْأَرْضُ مِنْ أَحَدِهِمَا فَالْغَاها وَتَسَاوِيًا فِيمَا عَدَاهَا لَمْ يَجْزُ إِلَّا فِيمَا لَا خَطْبَ لَهُ عَلَى الْمَنْصُوصِ ...

هذه مسألة «المدونة» في رجلين اشتركا في الزرع فأخرج أحدهما أرضاً لها قدر في الكراء فيلغيا لصاحبها ويعتدلان فيما عدا ذلك من العمل والبذر فلا يجوز إلا أن يخرج صاحبه نصف كراء الأرض ويتساويا في العمل والبذر أو تكون الأرض لا خطب لها في الكراء ، كأرض المغرب وشبهها ، فيجوز أن يلغى كراؤها لصاحبه ، ويتساويا فيما عدا ذلك .

وقال سحنون في «كتاب ابنه» : لا يعجبني أن تلغى الأرض من المتزارعين وإن لم يكن لها كراء ولولا أن مالكا قاله لكان غيره أحب إلي منه ، ولما كان قول سحنون ليس صريحا في المخالفة ، وهو محتمل لما أشار المصنف إليه بقوله : على المنصوص .

تنبيه :

لعل المصنف خص الأرض تبعا « للمدونة » وإلا فينبغي أن يكون التطوع بالتافه مطلقاً لذلك ، وعليه تدل « الرسالة »^(٢) ؛ لأن فيها : لو اكتريا الأرض والبذر من عند واحد وعلى الآخر العمل جاز إذا تقاربت قيمة ذلك .

(١) « المقدمات » (٢/٢١١) .

(٢) « الرسالة » (ص / ١١٢) .

فَلَوْ كَانَتْ الْأَرْضُ مِنْ أَحَدِهِمَا مَعَ جَمِيعِ الْبَذْرِ ، أَوْ بَعْضِ الْبَذْرِ وَالْعَمَلُ عَلَى الْآخَرِ ؛
فَإِنْ كَانَ لِلْعَامِلِ نِسْبَةُ بَذْرٍ أَوْ أَكْثَرُ جَازَ ، وَإِلَّا فَلَا ...

ذَكَرَ مَسْأَلَتَيْنِ : الْأُولَى أَنْ يَكُونَ مِنْ أَحَدِهِمَا الْأَرْضُ كُلِّهَا أَوْ جَمِيعِ الْبَذْرِ وَعَلَى الْآخَرِ
الْعَمَلُ - يَرِيدُ وَالْبَقْرَ وَالْآلَةَ ، وَأَطْلَقَ الْعَمَلَ عَلَيْهِ وَعَلَى الْبَقْرِ وَالْآلَةَ لِأَنَّهُمَا سَبَبَانِ لَهُ - جَاز
وَهُوَ قَوْلُ سَحْنُونَ ؛ فَفِي اللَّخْمِيِّ : وَاخْتَلَفَ إِذَا كَانَ الْبَذْرُ مِنْ عِنْدِ صَاحِبِ الْأَرْضِ وَالْعَمَلُ
وَالْبَقْرُ مِنْ عِنْدِ الْآخَرِ ، فَأَجَازَهُ سَحْنُونَ وَمَنَعَهُ مُحَمَّدٌ وَابْنُ حَبِيبٍ .

وقول ابن عد السلام : إن هذه الصورة هي مسألة الخماس ببلاد المغرب ليس بظاهر ؛
لأن في مسألة الخماس البقر والآلة من عند رب الأرض ، وإنما للعامل جزء معلوم يساوي
قيمة عمله ، ويتبين لك ذلك بالوقوف على ما في «أجوبة ابن رشد»^(١) ، ونص السؤال :
يتفضل الفقيه الأجل قاضي الجماعة أبو الوليد ابن رشد - وفقه الله تعالى ورضي عنه -
بالجواب في رجلين اشتراكا في الزرع على أن جعل أحدهما : الأرض والبذر والبقر
والثاني : العمل ، ويكون الربع للعامل ، والثلاثة الأرباع لصاحب الأرض ، هل يجوز
ذلك أم لا ؟ وأجابه بأن قال : تصفحت سؤالك ، فأما مسألة الاشتراك في الزرع على
الوجه الذي ذكرت فلا يخلو الأمر فيها من ثلاثة أوجه :

أحدها : أن يعقدها بلفظ الشركة .

والثاني : أن يعقدها بلفظ الإجارة .

والثالث : أن لا يسميا في عقدها شركة ولا إجارة ، وإنما قال : أدفع إليك أرضي
وبذري وبقرتي وتتولى أنت العمل ، ويكون لك ربع الزرع أو خمسه أو جزء من أجزائه
يسميانه ، فحمله ابن القاسم على الإجارة ولم يجزه وإليه ذهب ابن حبيب ، وحمله
سحنون على الشركة فأجازه ، هذا تحصيل القول عندي في هذه المسألة ، وكان من أدركنا
من الشيوخ لا يحصلونها هذا التحصيل ، ويذهبون إلى أنها مسألة اختلاف جملة من غير
تفصيل ، وليس ذلك عندي بصحيح . انتهى .

وحاصله : إن عقدها بلفظ الشركة جاز بلا إشكال ولفظ الإجارة امتنع بلا خلاف ؛
لأنها إجارة بجزء مجهول ، وقد نص أبو الحسن على أن هذه هي مسألة الخماس لا ما قاله

(١) « مسائل ابن رشد » (١/١٥٦) .

ابن عبد السلام ، ولا يقال : لعل ابن عبد السلام أراد هذه ؛ لأننا نقول : قد نص على أنه أراد مسألة اللّخميّ .

قوله : (أَوْ بَعْضِ الْبَذْرِ وَالْعَمَلُ عَلَى الْآخِرِ) هذه هي مسألة الثانية ؛ أي : لو كانت الأرض من عند أحدهما مع بعض البذر وعلى الآخر العمل مع البذر ، كان للعامل نسبة بذره ، أي : قدر ما أخرجه العامل من البذر كما لو أخرج كل واحد نص البذر والزرع بينهما نصفان .

قوله : (أَوْ أَكْثَرُ) كما إذا أخرج العامل ثلث البذر وأخذ النصف ؛ لأنه يكون ثلث العمل مقابلاً لثلث رب الأرض ، ويبقى الثلث الآخر الذي أخرجه رب الأرض مقابلاً لعمل العامل فلا منع ، وهذا معنى قوله : (جَازَ) يريد بشرط التكافؤ كما تقدم .

قوله : (وَأِلَّا فَلَا) أي : وإن لم يكن للعامل نسبة بذره ولا أكثر بل أقل امتنع كما لو أخرج العامل ثلثي البذر وأخرج رب الأرض ثلث البذر والزرع بينهما نصفان ؛ لأن الثلث الزائد من العامل يصير في مقابلة الأرض جزء من البذر وهكذا قال ابن حبيب .

وَالْعَمَلُ الْمُشْتَرَطُ هُوَ الْحَرْثُ لَا الْحَصَادُ وَالْدَّرَاسُ عَلَى الْأَصَحِّ لِأَنَّهُ مَجْهُولٌ ، وَعَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ : وَالْحَصَادُ وَالْدَّرَاسُ ...

لما ذكر المصنف أولاً العمل وكان فيه اختلاف احتاج إلى بيانه وما صححه المصنف هو قول ابن سحنون وصححه للدليل ، وكذلك قال ابن يونس والتونسي : إنه الصواب ؛ لأن الحصاد والدراس مجهولان لا يدري كيف يكونان وشأنهما قد يقل ويكثر ، واستشكلا ما وقع لابن القاسم في « العتبية » من رواية حسين بإجازة اشتراطهما ، وهو الذي حكاه المصنف عنه ، ونص هذه الرواية على نقل ابن يونس ، وقال حسين عن ابن القاسم : فيمن أعطى لرجل أرضاً ليقبها وينبتها فإذا كان أوان الزرع كان البذر بينهما والزرع بينهما والعمل على الداخل والحصاد والدراس ، ونقل نصيب رب الأرض إليه .

قال : وبين القليب والزرع شهر ، فإن كانت الأرض مأمونة جاز ذلك وإن كانت غير مأمونة لم يجز ، وانظر كيف منعوا هنا جواز اشتراط الحصاد والدراس ، وأجازوا اشتراط عصر الزيتون على العامل في المساقاة .

خليل : والقليب : الحرث .

الجوهري^(١): المقلب الحديدية التي تقلب بها الأرض للزراعة .

وَالْبَذْرُ الْمُشْتَرَكُ شَرْطُهُ الْخَلْطُ كَالْمَالِ

لا حاجة إلى قوله : (المُشْتَرَكُ) لأن الخلط يغني عنه ، ولما كان الخلط ظاهراً في عدم تمييز أحدهما عن الآخر بين أنه ليس المراد ذلك بقوله : (كالمال) فأشار إلى ما قدمه وهو إما أن يكون تحت أيديهما أو أحدهما ، وهكذا قال مالك وابن القاسم .

اللَّخْمِيُّ : واختلف عن سحنون فقال مرة بقول مالك ، وقال مرة : إنما تصح الشركة إذا خلطوا الزريعة أو جمعها في بيت واحد وحملها إلى فدان ، ونص هذا الثاني عند ابن يونس .

ومن «كتاب ابن سحنون» : وإذا صححت الشركة في المزارعة ، وأخرجوا البذر جميعاً إلا أنهما لم يخلطوا فزرعا بذر هذا في فدان أو في بعضه ، وزرعا الآخر في الناحية الأخرى ، ولم يعملوا على ذلك فإن الشركة لا تنعقد ولكل واحد ما أنبت حبه ويتراجعان في فضل الأكرية ويتحصان ، وإنما تتم الشركة إذا خلطوا ما أخرجاه من الزريعة أو جمعاه في بيت واحد ، ثم زرعا الأخرى فهو جائز ، كما لو جمعاهما في بيت وتصح الشركة .

قال بعض فقهاء القرويين : وعند ابن القاسم إن الشركة جائزة خلطاً أو لم يخلطوا .

ابن عبد السلام : ولعل المصنف إنما سكت عنه لاحتمال جواز الإقدام على ذلك ابتداءً ، وإنه ممنوع أولاً ، لكنه إذا وقع مضى وهو الظاهر من تفريعه .

فَلَوْ أُخْرِجَاهُ مَعًا وَبَذَرَاهُ ؛ وَقِيلَ : كَالْخَلْطِ ؛ وَقِيلَ : إِنَّ عُلِمَتِ النَّوَاحِي فَلِكُلِّ وَاحِدٍ نَبَتْ بُذْرُهُ وَيَتَرَجَعَانِ فِي الْأَكْرِيَةِ وَالْعَمَلِ ...

لو اشتركا في الإخراج في وقت واحد فقولان :

أولهما : أنه كالخلط وهو الجاري على قول مالك وابن القاسم .

والثاني : أن لكل واحدٍ نبت بذره إن علمت النواحي ، وهو أحد قولي سحنون .

وَعَلَى الصَّحَّةِ لَوْ لَمْ يَنْبُتْ بَذْرُ أَحَدِهِمَا ، فَإِنْ غُرَّ لَمْ يَحْتَسِبْ بِيَذْرِهِ وَعَلَيْهِ مِثْلُ نَصْفِ النَّابِتِ ، وَإِنْ لَمْ يُغْرَقْ عَلَيَّ كُلُّ وَاحِدٍ نَصْفَ بَذْرِ الْآخَرِ ، وَالزَّرْعُ بَيْنَهُمَا فِيهِمَا ...

أي : وعلى القول بصحة الشركة لو لم ينبت بذر أحدهما يكون الزرع بينهما لصحة العقد ، وتصور كلامه ظاهر ، والضمير في (فِيهِمَا) عائد على صورتَي الغرور وعدمه . ابن عبد السلام : وسكت في الرواية عن رجوع المغرور على الغار بقيمة نصف العمل ، وينبغي أن يكون له الرجوع بذلك ؛ لأنه غرر بالفعل .

خليل : وينبغي أن يرجع عليه بنصف قيمة كراء الأرض التي غر فيها ، قيل : وهذا إذا لم يغتر عليه إلا بعد انقضاء إبان الزراعة ، ولو علم ذلك في إبانها لَزِمَ الغار الضمانُ وعليه أن يخرج المكيلة من زريعة تنبت فيزرعها في ذلك القلبِ وهما شريكان ، ولا غرم على الآخر للغار ، وإن لم يكن غره فليخرجا قفيزاً آخر فيزرعان في القلب إن اختارها على شركتهما .

تنبيه :

بقي على المصنف شرط آخر في البذر وهو ثالثهما جنساً ، وإن أخرج أحدهما قمحاً والآخر شعيراً أو سُلْتاً أو صنفين من القطنية ، فقال سحنون : لكل واحد ما أنبت بذره وبتراجعان في الأكرية ثم قال : يجوز إن اعتدلت القيمة . اللخمي : يريد والمكيلة .

وَفِي الْفَاسِدَةِ إِنْ تَكَافَأَ فِي الْعَمَلِ بَيْنَهُمَا وَيَتَرَاَجَعَانِ غَيْرَهُ

لَمَّا ذَكَرَ الْمَزَارِعَةَ الصَّحِيحَةَ وَشُرُوطَهَا عَلَّمَ أَنَّ الْفَاسِدَةَ مَا فَقَدَ مِنْهَا شَرْطًا ، وَلِذَلِكَ لَمْ يَحْتَجْ إِلَى بَيَانِ الْفَاسِدَةِ ، وَتَقْدِيرُ كَلَامِهِ : وَالْحُكْمُ فِي الْمَزَارِعَةِ الْفَاسِدَةِ تَفْسِيخُ قَبْلَ الْعَمَلِ ، وَإِنْ فَاتَتْ فِي الْمَذْهَبِ طَرِيقَانِ : أَوَّلَاهُمَا تَفْصِيلِيَّةٌ وَهِيَ الَّتِي بَدَأَ بِهَا الْمَصْنَفُ ، وَذَكَرَ مِنْهَا ثَلَاثَ صُورٍ ، الصُّورَةُ الْأُولَى : (إِنْ تَكَافَأَ فِي الْعَمَلِ بَيْنَهُمَا) أَي : فَالزَّرْعُ بَيْنَهُمَا ، وَذَلِكَ إِذَا أَخْرَجَ أَحَدُهُمَا الْبَذْرَ وَالْآخَرَ الْأَرْضَ وَالْعَمَلُ بَيْنَهُمَا ، وَلَا خِلَافَ فِي فَسَادِهِمَا لِمُقَابَلَةِ الْأَرْضِ بِالْبَذْرِ ، فَيَكُونُ الزَّرْعُ بَيْنَهُمَا .

(وَيَتَرَاَجَعَانِ غَيْرَهُ) أَي : غَيْرَ الْعَمَلِ وَهُوَ الْبَذْرُ وَالْأَرْضُ فَيَكُونُ عَلَى صَاحِبِ الْبَذْرِ نَصْفَ كِرَاءِ الْأَرْضِ وَعَلَى صَاحِبِ الْأَرْضِ مَكِيلَةَ الْبَذْرِ ، وَهَكَذَا نَقَلَهُ ابْنُ الْمَوَازِ عَنِ مَالِكِ

وابن القاسم ، وظاهر كلام ابن حبيب أن الزرع لصاحب البذر وحده ، ويكون عليه لصاحب الأرض كراء أرضه وقيمة نصف العمل ؛ لأنه قال : وأصل هذا أن كل متزارعين على معادلة وقع في مزارعتهما ، كراء الأرض بالبذر فافسحه واجعل الزرع لرب البذر ، وكل متزارعين على غير معادلة سلماً من كراء الأرض بشيء من البذر ، فاجعل الزرع بينهما نصفين ، ويتراجعان في الفضل فيما سوى ذلك .

وَإِنْ كَانَ الْبَذْرُ مِنْ عِنْدِ أَحَدِهِمَا مَعَ الْعَمَلِ فَالزَّرْعُ لَهُ وَعَلَيْهِ الْأَجْرَةُ

هذه الصورة الثانية وفسدت بما فسدت به الأولى ؛ لأن قوله : (مِنْ عِنْدِ أَحَدِهِمَا) البذر مع العمل يقتضي أن الأرض من عند الآخر ، وحيثئذ يقابل الأرض جزء من البذر ، (فَالزَّرْعُ لَهُ) أي لصاحب البذر والعمل ؛ لأنه اجتمع له من الثلاثة شيان ، وقدم لذلك . (وَعَلَيْهِ الْأَجْرَةُ) أي : أجرة الأرض .

ابن القاسم وابن حبيب : وإن أخرج أحدهما الأرض والعمل على الآخر وجميع البذر على أنه له نصفه على رب الأرض ، لم يجز شرط السلف ، وإن وقع فالربح بينهما نصفين لضمانهما الزريعة ، وتكافيهما في العمل وكراء الأرض ، ويرجع مخرج البذر بنصفه معجلاً على الآخر .

وقال سحنون : الزرع لمسلف البذر وعليه كراء الأرض ، قبض رب الأرض حصته من الزريعة أو لم يقبض إذا وقعت الشركة على شرط السلف إلا أن يكون أسلف على غير شرط بعد صحة العقد .

إِنْ كَانَ الْبَذْرُ فَقَطُ مِنَ الْمَالِكِ أَوْ مِنْ أَجْنَبِيٍّ ؛ فَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ : الزَّرْعُ لِلْعَامِلِ ، وَقَالَ سَحْنُونُ : الزَّرْعُ لِرَبِّ الْبَذْرِ ثُمَّ يَقُومَانِ مَا يَلْزَمُهُمَا مِنْ مَكِيلَةِ الْبَذْرِ وَأَجْرَةِ الْأَرْضِ وَالْعَمَلِ ... هذه هي الصورة الثالثة ودلّ كلامه على أنها تقع على وجهين :

الأول : أن يكون البذر من المالك أي للأرض ومن الآخر العمل .

والوجه الثاني : أن يكون البذر من أجنبي فتكون الأرض لواحد والبذر لآخر والعمل لآخر وتكون الشركة من ثلاثة أشخاص .

ولا إشكال في فساد الوجه الثاني لمقابلة جزء من الأرض بجزء من البذر ، وأما الوجه الأول : فقد يقال : فيه نظر ؛ لأن كلام المصنف يقتضي أن سحنون يقول بفساده ،

والمقول عنه فيما إذا أخرج أحدهما الأرض والبذر ، وأخرج الآخر العمل وقيمة ذلك ، مثل كراء الأرض جواز ذلك وعن ابن حبيب عدم جوازه .

ابن حبيب : وإن نزل فالزرع لصاحب الأرض والبذر والبقر وعليه للآخر قيمة عمل يده ، وكأنه أجره بنصف ما تنبت أرضه اللهم إلا أن يقال : إن مُرَادَ المصنف إذا وقعت الشركة بينهما على التفاضل .

وقوله : (فَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ : الزَّرْعُ لِلْعَامِلِ) يعني : في الوجهين ، وهو ظاهر قول مالك وابن القاسم في «الموازية» .

ونص ما نقله ابن يونس : قال ابن المواز : ومن قول مالك وابن القاسم : إن الزرع كله في فساد الشركة لمن تولى القيام به كان مخرج البذر صاحب الأرض أو غيره ، وعليه إن كان هو مخرج البذر له كراء أرض صاحبه ، وإن كان صاحبه مخرج البذر فعليه له مثل بذره .

وهكذا نقل الشيخ أبو محمد هذا القول ، واعترض القرويون على أبي محمد ما نقله عن ابن القاسم أنه لصاحب العمل ، وقالوا : لم نجد لابن القاسم أن الزرع للعامل دون أن يضاف إليه .

وقوله : (وَقَالَ سَحْنُونٌ : الزَّرْعُ لِرَبِّ البَذْرِ) ظاهره أيضاً في الوجهين ، وهذا القول رواه ابن غانم عن مالك أن الزرع لصاحب الزريعة وعليه قيمة كراء الأرض والعمل .

ابن حبيب : وبه قال من المدنيين مطرف وابن الماجشون وابن نافع ، ومن المصريين ابن وهب وابن عبد الحكم وأصبغ ، ولم أر النص عن سحنون إلا في الوجه الأول ، وهذا إذا كان البذر من عند رب الأرض .

قال ابن يونس : نقل عنه أن الزرع لرب البذر ، وذكر عنه أيضاً صورة أخرى فقال : قال سحنون : وإذا اشترك ثلاثة فأخرج أحدهم الأرض ونصف البذر ، والآخر نصف البذر فقط ، والثالث البقر والعمل على أن الزرع بينهم أثلاثاً لم يجز ، فإن نزل فالزرع على مذهب ابن القاسم بين العامل ورب الأرض ، ويغرمان لمخرج نصف البذر مكيلة بذره .

ومذهب سحنون أن الزرع لصاحبي الزريعة وعليهما كراء الأرض والعمل ، وقال ابن

حبيب : قد أخطأ والزرع بينهم أثلاثاً ، والذي ذكر ابن المواز على أصل ابن القاسم أن الزرع لمن ولي العمل إذا سلمت الأرض إليه فيؤدي مثل البذر لمخرجه ، وكراء الأرض لربها ، انتهى .

قوله : (ثُمَّ يَقُومَانِ) هو من القيام وهو معنى الغرم والضمير المثنى عائد على صاحب الأرض والعامل وهذا مرتب على قول ابن القاسم وسحنون أي فعلى قول ابن القاسم أن الزرع للعامل يكون عليه كراء الأرض ومثل البذر إذا كان من غيره وعلى قول سحنون أن الزرع لصاحب البذر وتكون عليه قيمة العمل وكراء الأرض إن كانت لغيره ، ولما فرغ رحمه الله من الطريق التفصيلية شرع في الإجمالية فقال :

وَقَالَ الْبَاجِي^(١) : فِي الْفَاسِدَةِ سِتَّةُ أَقْوَالٍ :

الْأَوَّلُ : لِصَاحِبِ الْبَذْرِ .

الثَّانِي : لِلْعَامِلِ .

الثَّلَاثُ : لِمَنْ لَهُ أَثْنَانِ مِنَ الْأَرْضِ وَالْبَذْرِ وَالْعَمَلِ .

الرَّابِعُ : لِمَنْ لَهُ الْبَقْرُ وَالْأَرْضُ وَالْعَمَلُ .

الخَامِسُ : لِمَنْ اجْتَمَعَ لَهُ شَيْئَانِ مِنَ الْأَرْبَعَةِ .

السَّادِسُ : إِنْ سَلِمَتْ مِنْ كِرَاءِ الْأَرْضِ بِمَا يَخْرُجُ مِنْهَا فَعَلَى مَا شَرَطُوهُ وَإِلَّا فَلِصَاحِبِ

الْبَذْرِ .

(الْبَاجِي) هو ابن رشد وقد تقدم في الطلاق سبب ذلك ، وهذه الطريقة ذكرها في

«المقدمات»^(٢) فقال : واختلف في المزارعة الفاسدة إذا وقعت وفاتت بالعمل على ستة

أقوال :

أحدها : أن الزرع لصاحب البذر ويؤدي لأصحابه كراء ما أخرجوه .

والثاني : أن الزرع لصاحب العمل وهو تأويل ابن أبي زيد عن ابن القاسم فيما حكى

عنه ابن المواز .

(١) «المنتقى» (١٢/٧) .

(٢) «المقدمات» (٢١١/٢) .

والثالث : [أنه]^(١) لمن اجتمع له شيان من ثلاثة [أصول]^(٢) وهي البذور والأرض والعمل فإن كانوا ثلاثة واجتمع لكل واحد منهم شيان منها أو انفرد كل واحد منهم بشيء منها فالزرع بينهم أثلاثاً وإن اجتمع لأحدهم شيان دون أصحابه كان له الزرع دونهم ، وهو مذهب ابن القاسم واختيار ابن المواز على ما تأول أبو إسحاق التونسي .

والرابع : أنه يكون لمن اجتمع له شيان من ثلاثة أشياء على هذا الترتيب وهي : الأرض ، والعمل ، والبقر .

والخامس : أن يكون لمن اجتمع له شيان من أربعة أشياء على هذا الترتيب وهي : البذر ، والأرض ، والعمل ، والبقر .

والسادس : قول ابن حبيب : إن الفساد إن سلم من كراء الأرض بما يخرج منها كان الزرع بينهم فالزرع على ما اشترطوه وتعادلوا في ما أخرجوه .
وإن دخله كراء الأرض بما يخرج منها فالزرع لصاحب البذر .

وعلى هذا فقول المصنف في القول الرابع : (لَمَنْ لَهُ الْبَقْرُ وَالْأَرْضُ وَالْعَمَلُ) ليس بجيد وصوابه : «لمن له اثنان من الأرض والبقر والعمل» ، وكذلك الخامس صوابه أن يقول لمن اجتمع له شيان من البذر والبقر والأرض والعمل ، ولا يقال كلام المصنف غير صحيح من حيث المعنى ؛ لأنه إذا اجتمع لواحد أربعة فماذا يكون للآخر ؛ لأنه لا يلزم من كون الأربعة لواحد أن يكون جميعها له فمن الجائز أن يكون معه شريك في بعضها وفي كلها ألا ترى إلى القول الثالث في كلام ابن رشد .

(١) سقط من ط .

(٢) سقط من ط .

كتاب الإجارة

الإجارةُ

الجوهري^(١): الأجر : الثواب ، أجره الله يأجره أجراً ، وكذلك أجره الله إيجاراً أو أجر فلان خمسة من ولده ، أي : ماتوا فصاروا أجرة .

والأجرة : الكراء ، يقال : استأجر الرجل فهو يأجرني أي يصير أجري ، قال تعالى : ﴿ أَنْ تَأْجُرَنِي ثَمَانِي حَجَّجٍ ﴾ [القصص: ٢٧] ، انتهى .

فحكي في الفعل : القصر والمد ، وأنكر الأصمعي المد .

عياض : وهو صحيح ، فقد نقل اللغتين غير واحد .

(الإجارةُ) : منافع معلومة ، وهي مأخوذة من الأجر وهو الثواب .

كَالْبَيْعِ فِيمَا يَحِلُّ وَيَحْرَمُ لَهَا أَرْكَانٌ

يعني : أن كل ما يصح بيعه جازت إجارته ، وما ليس فليس ، لأن الإجارة بيع منافع ، ولا فرق بين بيع المنافع والأعيان ، وهكذا قال عياض .

وهي معاوضة صحيحة يجري فيها ما يجري في البيوع من الحلال والحرام .

الأوَّلُ : العَاقِدَانِ كَالْمُتَبَايِعِينَ

يعني : العاقدان للإجارة فأشار إلى أن للإجارة أركان .

(الأوَّلُ : العَاقِدَانِ كَالْمُتَبَايِعِينَ) شرطهما التمييز وقيل : إلا السكران : والتكليف شرط

للزوم ، والإسلام شرط المصحف والمسلم ، واقتضى تشبيهه أنه لو أجر الصبي نفسه لكان للولي إمضاؤه وفسخه ، وقد نصَّ في «المدونة» على ذلك ، وكذلك المعين .

قال في «المدونة»^(٢) : فإن فعلا ، فعليه الأكثر مما سماه ، وأجرة المثل .

ابن راشد : وللسفيه البالغ أن يؤاجر نفسه على ظاهر المذهب ، فإن كان في أجره محاباة فلولى النظر في ذلك .

قال مطرف وابن الماجشون : لا بأس أن يستأجر الرجل الغلام لم يبلغ الحلم ، والجارية

(٢) «المدونة» (٥٨/١٥) .

(١) «الصحاح» (٥/١) .

لم تحض، من أنفسهما إذا عقلا وكان ما فعلوه نظراً ، ويدفع إجارتهما إليهما ، وبيراً بذلك الدافع ما لم يكن شيء له بال ، وما كان في إجارتهما من محابة فعلى المستأجر إتمامها ، كان معهما ولي أم لا ، وكذلك إذا عقد عليهما أخ أو عم ، يجوز في ذلك ما يجوز إذا عقدها ، وبيراً بذلك إذا كان الولي مأموناً ، وإن كان ولياً من الإمام كان أحب إلينا ، وقال ابن عبد الحكم وأصبغ : لا يؤاجر إلا المأمون .

وهكذا نقل صاحب «النوادر»^(١) وغيره ، وذكر بعض على هذا الموضع أنه لا يجوز لهما أن يعقدا على أنفسهما عند ابن القاسم ، وأنه إنما يعقد عليهما عنده والوصي أو مقدم القاضي .

الأجرة كالثمن

هذا هو الركن الثاني ، ومعنى كلامه : أن ما جاز أن يكون ثمناً ، جاز أن يكون أجرة ، وحاصله : أنه يشترط في الأجرة ما قدمه في المعقود عليه في البيع أن يكون طاهراً ، متفعلاً به ، مقدوراً على تسليمه ، معلوماً ، وهذه الكلية لا ينخرم إلا بكراء الأرض مما يخرج منها ، لأن الطعام يصح أن يكون ثمناً ، ولا يصح أن يكون أجرة بالنسبة إلى الأرض .

وأجاب ابن عبد السلام : بأن مراده ، أن كل ما هو صالح للتنمية من حيث هو في البيع ، فهو صالح لأن يكون عوضاً في الإجارة ، إلا أن يعرض بذلك مانع من الموانع . ألا ترى أنه لا يصلح الاعتراض بالثمرة مثلاً على المعقود عليه ، من جهة أنه لا تصلح المعاوضة بينه وبين الرطب ، وأيضاً فالمانع من كون الطعام إجارة ، ما يؤدي إليه ، إما من الربا ، وإما من المزابنة باعتبار ما يخرج من الأرض . وأجاب غيره بأن المصنف قد استثناه بعد الأرض .

فإن قيل : كلامه منتقض بما أجازه ابن القاسم في «العتبية» في الحياط المخالف الذي لا يكاد يخالف مستخيطه أن يراضيه على أجرة إذا فرغ ، فإنه يدل على عدم اشتراط المعلومية .

قيل : هذه صورة نادرة ، فلا تقدم على أن ابن حبيب قال : لا ينبغي أن يستعمله حتى يسمى أجرته .

(١) «النوادر والزيادات» (٤٩/١٣) .

وَلَا تَتَّعَجَلُ إِلَّا بِشَرْطٍ أَوْ عَادَةٍ إِلَّا أَنْ يَكُونَ عَرْضًا مُعِينًا أَوْ عَلَى إِجَارَةٍ مَضْمُونَةٍ

إنما لم تتعجل الإجارة ، لأن عوضها غير معجل ، بخلاف البيع .

ولو قال : إلا أن تكون عرضاً معيناً أو تكون الإجارة مضمونة كما في «الجواهر»^(١) لكان أبين ، ولا إشكال في لزوم التقديم مع الشرط أو العادة ، ولزوم التقديم في العقد المعين ، لثلا يؤدي إلى بيع معين يتأخر قبضه وما في الإجارة المضمونة ؛ لثلا يلزم الدين بالدين كالسلم ، وقيد ذلك في «الموازية» بالألا يشرع ، وأما لو شرع في الركوب لجاز التأخير .

وكذلك قال عبد الوهاب ؛ أي : لأن قبض الأثاث كقبض الأواخر ، فلا يلزم الدين بالدين .

قال في «المقدمات»^(٢) : قال عبد الوهاب : يجب في المضمونة تعجيل أحد الطرفين من الأجرة ، والشروع في الاستيفاء ، يريد إذا كان العمل يسيراً ليخرج من الدين بالدين وقيد ما قال غيره بأن يكون العمل يسيراً .

وما ذكره المصنف من لزوم التقديم إذا كان الكراء مضموناً ، نص عليه مالك ، وهو الأصل لما تقدم ، لكن اختلف في ذلك في الكراء المضمون ؛ أي : الحج ونحوه بسبب ضرورة عارضت ذلك .

ففي «الموازية» عن مالك في من تكارى كراءً مضموناً إلى أجل ، مثل الحج في غير إبانه فلا يجوز أن يؤخر النقد ، ولكن يعجل الدينانير ونحوها ، وكان يقول : لا ينبغي إلا أن ينقد مثل ثلث الكراء ، ثم رجع فقال : قد اقتطع الأكرياء أموال الناس ، فلا بأس أن يؤخرهم بالنقد ، ويقدموهم بالدينانير وشبهه .

تنبيه :

قيد في «الجواهر»^(٣) الطعام بأن يكون رطباً ، وتبع في ذلك صاحب «التلقين» . والظاهر أنه لا فرق بين الطعام الرطب واليابس ؛ لأنه يبيع عين يتأخر قبضه فيهما ، نعم الغرر في الرطب أقوى ، وفي بعض النسخ بعد قوله : (مُعِينًا أَوْ طَعَامًا وَشَبْهَهُ) .

(١) «الجواهر» (٥٧/٣) .

(٢) «المقدمات» (٤٥١/١) .

(٣) «الجواهر» (٥٧/٣) .

وَمَنَافِعُ الْعَيْنِ كَالْعَيْنِ

أي : الأجرة تصح بمنفعة العين كالعين ، ومراده بـ (العَيْن) العين ؛ أي : الدابة التي تقابل المنفعة ، ويدل عليه إضافة المنافع إليه .

وَلِذَلِكَ جَازَ سَكْنِي بِسَكْنِي ، أَوْلَهُمَا مَتَّفِقٌ أَوْ مُخْتَلَفٌ

اللام : للتعليل ؛ أي : ولأجل أن منافع العين كالعين ، جاز أن تكون سكننا عوض السكنى ، ولو كانت منافع الذات كالمنافع المضمونة ، لم يجز ذلك ، وخصص السكنى لأنها الواقعة في الرواية ، وإلا فلا فرق في ذلك بين العبد والدابة والأرض .

وَإِنْ لَمْ يَكُنْ شَرْطٌ وَلَا عَادَةٌ أَخَذَ مِياوَمَةً

هكذا نقل صاحب «الجواهر»^(١) وغيره عن ابن القصار .

ومعنى (مِياوَمَةً) أي : كل ما تمكن من استيفاء منفعة وما لزمه أجرته ، لأنه المسكن وظاهر كلام المؤلف يتناول المنافع ، بالأجرة حقيقة في العرف مقصورة عليها ، والمذهب أن الصانع لا يستحق الأجرة عند الإطلاق ، إلا بعد تمام العمل .
نعم خرج بعض الشيوخ على قول ابن المواز في الصانع يضمن المصنوع بصيغته ، ويأخذ الأجرة بكمالها ، أن يكون حكمه عند التنازع في قبض الأجرة حكم مكري الراحلة ، مهما عمل شيئاً أخذ بحسابه .

فَإِنْ كَانَ عَلَى عَرَضٍ مُعَيَّنٍ وَالْعُرْفُ التَّأخِيرُ فَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ : فَسَدَ الْعَقْدُ ، وَقَالَ غَيْرُهُ : يَصِحُّ وَيُعْجَلُ بِنَاءٍ عَلَى أَنَّ الْإِطْلَاقَ يُحْمَلُ عَلَى الْعُرْفِ الْمُؤَدِّيِّ إِلَى الْفَسَادِ أَوَّلًا ...
(فَسَدَ الْعَقْدُ) أي : إلا أن يشترط التعجيل .

وقال غيره : يصح ويجبر على التعجيل ؛ وهو معنى قوله : (وَيُعْجَلُ) والبناء الذي ذكره المصنف ذكره الأستاذ أبو بكر ، فقال : وهذا أصل مختلف فيه بين ابن القاسم والمدنيين .

فعند ابن القاسم : يحمل الإطلاق على العرف ، فإن كان العرف فاسداً .
وعند ابن الماجشون وغيره من المدنيين : لا حكم للعرف الفاسد ، وإنما التأثير للعرف الصحيح .

(١) «الجواهر» (٣/٥٨) .

ووجه قول الغير ؛ أن الحمل على الفساد خلاف قصد المتبايعين لأنهما قاصدان لانبرام العقد ، ونوقش المصنف في تخصيص الخلاف هنا إذا كان العرف التأخير .

وإن مذهب ابن القاسم في كراء الرواحل الفساد إذا لم يكن العرف التقديم ، سواء كان العرف التأخير أو لم يكن عرف وكانوا يتبايعون بالوجهين .

وابن حبيب يصحح في الوجهين ، صرح بذلك اللخمي وابن يونس وغيرهما ، وعلمه ابن يونس بأنه إذا لم يكن ثم عرف من قاعده ابن القاسم عدم تعجيل الأجرة فكان ذلك الشرط التأجيل والدنانير والدرهم إذا كانت أيضاً معينة حكمها حكم العرض .

نص على ذلك في «المدونة»^(١)، ففيها : وقال غيره في الدنانير جائز وإن تلفت فعليه الضمان وعلى هذا ففي قول المصنف : عرض معين قصور ، وفي بعض النسخ وهو أحسن .

وَلَوْ اسْتَأْجَرَ السَّلَاحَ بِالْجِلْدِ ، وَالنَّسَاجَ بِجُزْءٍ مِنَ الثَّوْبِ ، وَالطَّحَانَ بِالنُّخَالَةِ لَمْ يَجْزُ ...

لما ذكر أن الأجرة كالثمن فلا يجوز فيها الجهالة ، ذكر صوراً ممنوعة لذلك .

ابن عبد السلام : وظاهر كلامه في الجلد أنه لا فرق بين أن تكون الشاة مذبوحة أو حية ، وهو كذلك إذ لا يدرى كيف يخرج بعد السلخ .

خليل : وقد تقدم في بيع الجلود على ظهور الخرفان في البيوع ستة أقوال ينبغي أن تأتي هنا ، واستقرأ من «المدونة» جواز بيع الجلد من إجازته بيع السباع حية لأخذ جلودها .

وقد يقال : السباع لما لم تؤكل ، إما على طريق المنع أو الكراهة ، لم يكن المقصود فيها إلا الجلد ، فيحتاج له بخلاف هنا ، فإن اللحم مقصود أيضاً ، فلذلك قد لا يحاول على الجلد ، وذلك سبب إلى قطعه في مواضع .

قوله : (وَالنَّسَاجَ بِجُزْءٍ مِنَ الثَّوْبِ) علله في «المدونة» بالجهالة .

قال : لأنه لا يدرى كيف يخرج ، ولأن ما لا يجوز بيعه ، لا يجوز أن يستأجر به .

قال فيها : ولو قلت له : انسج لي هذا الغزل بغزل آخر ، عجلته له جاز ، ولإجارة

الإجارة بجزء من الغزل قال المصنف : (من الثوب) ليخرج هذه الصورة .

(١) «المدونة» (١١/٤٦٧) .

ابن حبيب : ويجوز إذا أعطاه الغزل على جزء ولم يبين هل هو من الثوب أو من الغزل؟

خليل : وأصل ابن القاسم هنا المنع .

فرع :

فإذا وقعت المسألة على ما قاله المصنف ، أصبغ : فله أجر مثله والثوب والجلد لربها .
ابن عبد السلام : يريد أصبغ ، أنه لم يحصل النصف الآخر وعليه أجره المثل في دباغة الجميع ، أما لو دفع إليه نصف الجلود قبل الدبغ على أن يدفعها مجتمعة ، فأفاتها بالدباغ ، فله نصفها بقيمتها يوم قبضها ، وله أجر عمله في نصفها للتحجير في نصف الدباغ ، وهذا أبين .

وأشار بعضهم إلى أنه يختلف في ضمان الصانع لنصفها في هذا الوجه الأخير إذا شرع في دباغها ، ويختلف في فواتها بالشروع أيضاً ، لأن قبضه لها ليس قبضاً حقيقياً ، لكونه غير متمكن من الانتفاع بما قبضه .

قوله : (وَالطَّحَّانَ بِالنُّخَالَةِ) أي : للجهالة بقدرها .

خليل : وعلى هذا ، فلا يجوز ما يفعل عندنا بمصر في طحن العامة ، لأنهم يعطون للطحان أجره معلومة والنخالة وهي مجهولة ، وانظر لو أجره بصاع من النخالة ، هل يجوز ؟ لأن النخالة لا تختلف أو يختلف فيها كما في صاع دقيق .

ابن عبد السلام : والنفس أميل إليه لأن من الطحن ما تخرج نخالته كثيرة الأجزاء ، ومنه ما لا تخرج كذلك ، وإلى مسألة صاع من دقيق أشار بقوله :

وَفِي صَاعٍ دَقِيقٍ قَوْلَانِ

من الجواز مذهب «المدونة»^(١) ففيها : ولا بأس أن يؤجره على طحن إردب قمح بدرهم وبقفيز من دقيقه ، إذ ما جاز يبعه جازت الإجارة فيه ، وإن واجرته بطحنه لك بدرهم وبقسط من زيت زيتون قبل أن يطحن جاز ذلك .

والمنع لابن القاسم في «الواضحة» وابن المواز .

للخمي : ولا وجه له ، وصوب غيره أيضاً الجواز ، فكأنهم لم يرتضوا بتفرقة ابن المواز

(١) «المدونة» (١١/٤٦٨) .

بين البيع والإجارة ، أنه إنما جاز في البيع ، لأن المبيع إذا هلك رجع المشتاع بثمنه ، وفي الإجارة إذا طحن وهلك ذهب عمله باطلاً ؛ لأنه ليس بمضمون على ربه ولو ضمنه كان فاسداً ؛ أي : لأنه كمن اشترى معيناً ، وشرط على البائع ضمانه .

وأجاب ابن حبيب عن هذا بأنه إذا ضاع بعد الطحن رجع بقيمة طحنه كما يرجع من اشترى ثوباً بعبد فاستحق الثوب من يده فإنه يرجع في عبده إن كان قائماً ، فإن فات رجع بقيمة .

بعض القرويين : وهذا إذا كان غير صانع ، وأما إن كان صانعاً وثبت ضياع الدقيق بعد طحنه ، فلا أجرة له على مذهب «المدونة» ، لأنه لم يوف الصنعة إلى يد ربه .

وعلى ما في «الموازية» أن ضمان الصنعة إذا ثبت ضياع الدقيق من صاحبه ، ينظر قيمة القفيز الذي شرطه الصانع لنفسه ، فإن كان درهماً ، وقد طحنه بقفيز ودرهم ، رجع بنصف إجارة مثله .

وقال اللخمي : إن ضاع القمح ، يعني : وفرعنا على المشهور وكان ذلك قبل الطحن وكان الدرهم مساوياً لقيمة صاع الدقيق أو أكثر انفسخت الإجارة فيما ينوب الصاع ، لأنه عرض بعرض ولم ينفسخ فيما ينوب الدرهم وعلى رب القمح أن يأتي بمثل ذلك ويطحنه له وإن لم يعلم الضياع إلا من الأجير ، فرأى ابن القاسم مرة أنه غيبه فلزمه أن يغرمه ويطحن جميعه ويأخذ الصاع منه ومرة لم يبلغ أنه غيبه حقيقة فيحلف على ضياعه ويغرمه ولا يطحن إلا ما قابل الدرهم ، قال : وإن طحنه ثم ادعى ضياعه ، لم يصدق ، وغرمه مطحوناً ، واستوفى منه الصاع واختلف إن شهدت البينة على ضياعه .

فقال ابن القاسم : لا ضمان عليه ولا أجر .

فعلى هذا يأتي ربه بطعام ويطحن الأجير ما ينوب الدرهم بمنزلة ما لم يطحن وقيل له الأجرة ، فيأخذ الدرهم ، وإجارة المثل فيما ينوب الصاع .

ابن حبيب : ولا يجوز اطحنه على أن لك نصفه دقيقاً ، لأنه جعل بغيره والأول إجارة بشيء معلوم .

وَلَوْ أَرْضَعْتَهُ بِجُزْءٍ مِنَ الرَّضِيعِ الرَّقِيقِ بَعْدَ الْفِطَامِ لَمْ يَجْزُ

أي : ولو أرضعت الجزء من الرضيع الرقيق بعد الفطام لم يجز

ثلك أو غير ذلك لم يجز لأنه معين يتأخر قبضه .

ومفهوم قوله : (بَعْدَ الْفِطَامِ) أنه لو كان على أن يأخذ النصف الآن لجاز ، وهو ظاهر من جهة المعنى لانتفاء ما فرض مانعاً .

لكن ظاهر «المدونة»^(١) خلافه ففيها : ومن واجرته على تعليم عبدك الكتابة والقرآن سنة وله نصفه لم يجز ، إذ لا يقدر على قبض [ماله فيه]^(٢) قبل السنة .

وصرح الشيخ أبو محمد بذلك ، فقال : ولو قبض المعلم نصفه الآن ، لم يجز ، قال : فإن وقع وشرط قبض نصفه بعد السنة فسخ ، فإن فات وعلمه سنة ولم يفد العبد فله قيمة تعليمه والعبد لسيدته ، فإن فات بعد السنة بيد المعلم ، فالعبد بينهما وعلى ربه قيمة تعليمه وعليه نصف قيمة العبد يوم قبضه ويكون بينهما .

وَتَعْلِيمُهُ بِعَمَلِهِ سَنَةً مِنْ يَوْمٍ أَخَذَهُ جَازَ

مثله في «المدونة» ، ففيها^(٣) : وإن دفعت غلاماً إلى خياط أو قصّارٍ أو غيره ليعلمه ذلك العمل بعمل الغلام سنة جاز .

يحيى بن عمر : والسنة محسوبة من يوم أخذه .

وهذا معنى قوله : (أَخَذَهُ) وقال غيره في «المدونة»^(٤) : يجوز بأجر معلوم .

وَاحْصُدْ زَرْعِي وَلَكَ نِصْفُهُ يَجُوزُ

(احْصُدْ) بكسر الصاد وضمها .

قال في «المدونة»^(٥) : ومن قال لرجل : احصد زرعِي ولك نصفه ، أو جد نخلتِي ولك نصفها ، جاز وليس له تركه ؛ لأنها إجارة ، وكذلك لقط الزيتون ، وهو كبيع نصفه .

زاد بعض المختصرين : وقال غيره : لا يجوز ؛ والأقرب الجواز ، لا سيما إن قلنا إنه ملك نصفه قبل العمل .

عياض : وهو الذي يأتي على أصولهم أنه يجب بالعقد .

(١) « تهذيب المدونة » (١٢٢/٣) .

(٢) في ط : باقيه .

(٣) « تهذيب المدونة » (١٢٢/٣) .

(٤) « تهذيب المدونة » (١٢٢/٣) .

(٥) « المدونة » (٤٥٩/١١) .

ابن حبيب : والعمل في تهذيبه بينهما .

ابن يونس : ولو شرط في الزرع قسمه حبا ، لم يجز ، وإن كان إنما يجب له بالحصاد ، فجائز وكذلك في «كتاب ابن سحنون» ، ولا تجوز قسمته قسمة لأنه خطر ويدخله التفاضل وما ذكره عبد الحق من منع قسمته غرماً أصل مختلف فيه في الربويات وغيرها واعترض منع اشتراط قسمته حبا ، لأنه شرط يوافق مقتضى العقد ، لأن الأجير لا يستحقه إلا بعد عمله ، وحيث لا يتمكن من أخذ نصيبه إلا مجزأ .

وأجيب بمنع أنه لا يملكه إلا بعد الحصاد فقد قال ابن القاسم : إذا تلف قبل أن يحصده أو بعد أن حصده بعضه ، هو بينهما ، وعليه أن يستعمله في مثله ، أو مثل ما بقي .

وقال سحنون : عليه مثل نصف قيمة الزرع ، وليس أن يحصد مثله .

الللخمي : يريد إذا كان تلفه قبل الحصاد ولا يتعذر الخلف وقيد قول سحنون بما إذا تعذر الخلف ، وعلله يحيى بن عمر بأن الزرع يختلف وظاهره خلاف ، وعلى ما تأوله اللخمي عليه ، فقد اتفق القولان على أن ملك نصيبه في الزرع قبل العمل ؛ لأن سحنوناً إنما أوجب له القيمة لتعذر الخلف .

وَمَا حَصَدْتَ فَلَكَ نِصْفُهُ ، قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ : يَجُوزُ وَهِيَ جِعَالَةٌ وَلَهُ التَّرْكُ ، وَقَالَ غَيْرُهُ : لَا يَجُوزُ ...

هكذا في «المدونة»^(١) سواء ، والقولان للمالك في «الموازية» ؛ لأن محمداً قال : اختلف قول مالك في قوله : فما لقطت من شيء فلك نصفه وثلثه ، وقال مرة : لا خير فيه وكما لا يجوز بيعه ، لا تجوز الإجارة به .

وقال أيضاً : لا بأس به لأنه من الجعل لا من الإجارة بمنزلة من قال لرجل : لي على فلان مائة دينار ، فما أفضيت من شيء فلك نصفه ، فإذا علم كم الدين وكم الزرع لم يكن له بأس ومتى شاء أن يترك ترك ، لأنه جعل ، وإن لم يعلم كم الدين أو الزرع ، لم يكن فيه حرج .

وعلى هذا الخلاف إنما هو في تحقيق المسألة ، هل هي من باب الجعل ، أو الإجارة ؟ فمن ردها إلى الجعل أجاز ومن ردها إلى الإجارة منع والله أعلم .

وَأَحْصَدَ الْيَوْمَ وَلَكَّ نِصْفُهُ لَمْ يَجْزُ ، وَقِيلَ : يَجُوزُ إِنْ فَهِمَتِ الْجَعَالَةَ

اعلم أنه إذا قال له : احصد اليوم ولك نصفه ؛ إن فهمت الإجارة واللزوم امتنع باتفاق ؛ نقله ابن عبد السلام وغيره وإنما الخلاف إذا قال على أن يترك متى شاء .

وعلى هذا ففي كلام المصنف نظر ؛ لأن قوله : (وَقِيلَ) يقتضي أن القول الثاني شاذ ، وليس كذلك ، بل هو مذهب «المدونة» ، ففيها^(١) : وإن قال له : احصد اليوم أو التقط فما اجتمع فلك نصفه ؛ فلا خير فيه ، إذ لا يجوز بيع ما يحصد اليوم ، إلا أن يشترط أن يترك ما شاء فيجوز وعلى هذا ففي قول المصنف : (إِنْ فَهِمَتِ) نظر ؛ لأنّ الفهم أعم من التصريح والخلاف إنما هو إذا صرح بترك العمل متى شاء ففي «المدونة» الجواز كما رأيتَه ونص في «العتبية» على المنع ولو منع التصريح بالترك متى شاء وما في «المدونة» صواب .

فإن قيل : كيف هو أصوب مع أن الجعل لا يجوز فيه ضرب الأجل ؟

قيل : لما صرح بالترك متى شاء ، لم يبق أجل البتة وشبهه في «العتبية» بالتقاضي : تقاضي مالي شهراً ولك نصفه ، أو ما تقاضيت فلك بحسابه ومتى شئت أن تخرج فهذا لا يجوز إذا لم يتم الشهر ، ولو تقاضيا شيئاً ذهب عناؤه باطلاً .

وفرق ابن يونس بأن الإسقاط بيد لا مانع له منه والدين قد يلدد فيه الغريم حتى يذهب الأجل ولم يتناقض شيئاً وحمل ابن عبد السلام كلام المصنف على أنه تكلم على مسألتين :

الأولى : انتهت عند قوله : (لَمْ يَجْزُ) أي : باتفاق ، وقيل : يجوز ؛ إن فهمت الجعالة وفهم من قوله : (وَقِيلَ) : يَجُوزُ إِنْ فَهِمَتِ) قولاً آخر بالمنع وفيه تعسف .

وَأَنْفَضُ زَيْتُونِي فَمَا سَقَطَ فَفَلَك نِصْفُهُ لَمْ يَجْزُ

قال في «المدونة»^(٢) : وإن قال له : انفض شجري ، أو حركها فما نفضت أو سقط فلك نصفه ، لم يجز لأنه مجهول ، لأنه لا يدري ما يسقط .

ابن يونس : ولو قال : انفضه كله ولك نصفه ، جاز .

خليل : ولو قال : القُطُ ، فما التقطت من شيء فلك نصفه ، فإنه جائز ووجهه ما

تقدم إذا قال : فما حصدت من شيء فلك نصفه على مذهب ابن القاسم ، انتهى .

(١) «المدونة» (١١/٤٦٠) .

(٢) «المدونة» (١١/٥٣٣) .

واتفق على الجواز في اللقط وعلى المنع في التحريك واختلف في النفض وجعله ابن القاسم كالتحريك وجعله ابن حبيب كاللقط .

ابن القصار : معناه النفض باليد وأما النفض بالقضيب فهو كالحصاد وهو بعيد ، لأن النفض باليد غير معتاد .

وَأَعَصِرُ زَيْتُونِي فَمَا خَرَجَ فَلَكَ نَصْفُهُ لَمْ يَجْزُ

وهكذا قال في «المدونة»^(١): لو قال اعصر زيتوني أو جلعلاني فما عصرت فلك نصفه .

ونص ابن حبيب على الجواز إذا قال : اعصر زيتوني ، واحصد زرعي واطحن هذا الحب ولك نصفه ، قال : وهو محمول على أنه ملك نصف الأرض حتى يصرح بخلافه . ابن عبد السلام : وهذا على النظر في العقد إذا احتل الصحة والفساد على ما تقدم ، وتقدم أن أصل ابن القاسم المنع فلا يبعد أن يمنع ما أجاز ابن حبيب هنا .

قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ ، وَلَوْ قَالَ : أَحْصَدُهُ وَأَدْرُسُهُ وَلَكَ نَصْفُهُ لَمْ يَجْزُ ، كَمَا لَوْ بَاعَهُ زَرْعاً يَأْسِئاً عَلَى أَنْ يَحْصَدَهُ وَيَدْرُسَهُ ؛ لِأَنَّهُ بَيْعُ حَبٍّ جَزَافاً لَمْ يُعَايَنَ ، بَعْدَ الْفِطَامِ ...
لما تكلم على الحصاد تكلم على ما انضم إليه عمل آخر وهو الدراس .

فقال ابن القاسم في «المدونة»^(٢) : لا يجوز ذلك ، لأنه استأجره بنصف ما يخرج من الحب ، لأنه لا يدري كيف يخرج كما لو باعه حباً جزافاً وقد يس على أن حصاده ودراسه وتذريته عليه ، فإنه لم يجز ، لأنه اشترى حباً لم يعاين تصييره .

نقله ابن يونس في سماع أشهب عن مالك في من طاب زرعه وحل بيعه ، فقال لرجل : احصده وادرسه على النصف لا بأس وإليه أشار بقوله : (وَقِيلَ : يَجُوزُ) .

وهو كما ذهب إليه ابن حبيب ، أن ذلك محمول على أن له النصف الآن ، على أن يحصد النصف الآخر ويدرسه لربه .

وحمله اللخمي على أنه اختلاف سؤال ، لأن لفظ «المدونة»^(٣) : ولك نصف ما

(١) «المدونة» (١١/٤٦٠) .

(٢) «تهذيب المدونة» (٣/١٣٦) .

(٣) «تهذيب المدونة» (٣/١٣٦) .

يخرج؛ فمقتضاه أن حصاد الجميع ودراسه على ملك صاحبه ويكون له نصف ما يخرج وذلك مجهول .

والذي في «العتبية»^(١) إنما هو إذا قال: على النصف ، ولم يقل نصف ما يخرج ، فكان له النصف على هيئته وهو شريك ، وعلى هذا فنقل المصنف القول الثاني ليس بظاهر لأنه لم يذكر لفظه فيوهم أنه لفظ «المدونة» .

خليل : لكن الظاهر هنا الحمل على الخلاف ، لأن قوله : (وَلَكَّ النَّصْفُ) محتمل للنصف من الآن ومحتمل لما يخرج وقاعدة ابن القاسم أن ذلك فاسد وحينئذٍ فلا فرق بين : فلك نصف ما يخرج وبين : (وَلَكَّ النَّصْفُ) والله أعلم .

فإن قيل : لم نسب هذه المسألة لابن القاسم دون المسائل التي قبلها ، مع أن الكل في «المدونة» ؟

قيل : أجاب عن ذلك ابن عبد السلام قال : لعله لابن القاسم قاس مسألة البيع مع إمكان بينهما بأن متولي العمل في الإجارة هو المشتري فكأنه ملكه من الآن بخلاف البيع فإن متولي العمل هو البائع فكأن للمشتري ما ملك إلا ما يخرج وهو جزاف غير مرئي فلهذا تبرأ المصنف من عهده بنسبته إلى ابن القاسم .

ورد بأن المعروف من عاداته فيما يتبرأ منه ، هو ما كان منسوباً إليهم ويعبر عنه بـ «قالوا» لا إلى واحد ، والظاهر أنه نسبه إليه لوقوع الخلاف فيه فأراد أن يرجح القول الأول بنسبته له .

ابن القاسم : ولو قال ذو شجرتين فقد طابت لرجل : احرصها واجنبا ولك نصفها ، لا بأس بذلك ؛ لأنه لا بأس أن يكره نفسه بما يحل بيعه .

وَأَعْمَلْ عَلَى دَابَّتِي فَمَا حَصَلَ فَلكَ نِصْفٌ ثَمَنِهِ أَوْ أُجْرَتِهِ : لا تَجُوزُ بِخِلافِ الحَطَبِ أَوْ

الماء...

يعني : أن من دفع دابته لرجل على أن لقاؤها نصف ثمن ما يحتطب عليها ، أو نصف أجرة ما يحمل عليها لغيره ، فإن ذلك لا يجوز لجهالة الأجرة ، بخلاف نصف الحطب والماء ؛ أي : نصف كل نقلة ، لأنه معلوم .

(١) «البيان والتحصيل» (٤٨٨/٨) .

محمد : وكذلك لي نقلة ولك نقلة ، فإنه جائز .

فَإِنْ نَزَلَ فَاسِدًا فَثَالِثُهَا : أَنْ مَنْ قَالَ : وَلَكَ النِّصْفُ عَلَيْهِ أُجْرَةُ الْمِثْلِ

ذكر للمسألتين وجهين الصحة والفساد ، بين حكم الفاسدة وذكر فيها ثلاثة أقوال :

الأول : أن الكسب للعامل وعليه أجره المثل ، سواء قال : هو لك النصف ، أو قاله

صاحبها وسواء قال : اعمل لي أو لم يقل .

الثاني : أن الإجارة في ذلك للعامل وعليه كراء الدابة .

الثالث : الفرق إن قال ربها : اعمل ولك النصف فالكسب كله لربها وعليه كراء العامل

وإن قال العامل : أعطني دابتك أعمل عليها ولك النصف ، فله الكسب كله وعليه أجره

المثل في الدابة .

والأول هو مذهب «المدونة»^(١) ففيها : وإن أعطيت الدابة أو السفينة أو الإبل ليعمل

عليها على أن ما أصابت بينكما لم يجز ؛ فإن عمل عليها فالكسب للعامل ، وعليه كراء

المثل هنا ما بلغ وكأنه اكترى ذلك كراءً فاسداً .

اللخمي : واختلف إذا قال : اعمل عليها ، فقال ابن القاسم في رواية الدباغ : ما

كسب عليها للعامل وعليه إجارته كالأول ، وقال ابن الجلاب^(٢) : ما كسب عليها

لصاحبها ، لقوله : اعمل لي ، وللعامل إجارة المثل .

والقول الثاني في كلام المصنف أن الكسب كله لربها مطلقاً عزيز الوجود .

والذي في «الجلاب» إنما هو مقيد بما إذا قال : اعمل لي ؛ لكن نقل ابن شعبان ما

ظاهره موافق لإطلاق المصنف ، فقال : ولا يدفع الكلب على نصف صيده أو غير ذلك

من الأجزاء فمن فعل فالكسب للعامل ، ولربه أجر مثله ، وفيه خلاف وأطلق ولم أرَ

الثالث .

فروع : وأما لو دفع إليه دابة ليكرها للغير ليعمل عليها ، ففي «المدونة»^(٣) : وإن

دفعت إليه دابة أو إبلا أو سفينة أو حماماً على أن يكرى ذلك وله نصف الكراء ، لم يجز ،

(١) « تهذيب المدونة » (١١٩/٣) .

(٢) « التفرع » (٣٤٧/٢) .

(٣) « تهذيب المدونة » (١١٩/٣) .

وإن نزل كان لك جميع الكراء وله أجر مثله كما لو قلت له : بع سلعتي هذه ، فما بعتهما به فهو بيني وبينك أو قلت له : فما زاد على مائة فهو بيننا ، فذلك لا يجوز والثلث لك وله أجر مثله .

وفرق في «المدونة» بينه وبين الفرع السابق ، بأنه في الأول أكرى ذلك كراء فاسداً وفي هذه أجر نفسه .

وسوى ابن القاسم في هذا بين الدور والدواب والسفن .

وفي «الواضحة» أن الدور والأرحية والحوانيت إذا قال : قم لي عليها بنصف غلتها ، فالخراج لربها ولهذا إجارة مثله وأما الدواب وآلة السفن فالكسب للعامل وعليه أجرة ذلك ، لأن المستأجر في الدور وشبهها لرجل ، وفي الدواب والسفن هي المستأجرة .

وَلَوْ جَمَعَ بَيْنَ الْبَيْعِ وَالْإِجَارَةِ جَازَ

كما لو باع له ثوباً بدرهم وينسج له ثوباً آخر ونحو ذلك .

وحكى عبد الوهاب^(١) قولاً بالمنع ، ووجه الأول أنها يباعات كلها ، فأشبه ما لو كانا بيعتين أو إيجارتين ووجه المنع أن كثيراً من الإجارة لا تنفك من الغرر ، فكان عقد رخصة ، فلا ينضم مع غيره كالقراض ولاختلاف ضمانها فإن ضمان المبيع من المشتري وضمان المستأجر من ربه ، فكما لو جمع في عقدين بين بيع وخيار والمشهور من المذهب منع ذلك .

ابن عبد السلام : وهذا إذا كانت الإجارة في غير المبيع كما مثلنا فإن كانت في نفس المبيع ، كما لو باع له جلوده على أن يخززه البائع نعالاً للمشتري ففي ذلك قول مشهور بالمنع ، وكأنه يرى أن المبيع هو ما تخرجه الصنعة وذلك غير مرئي .

خليل : هو قول سحنون ؛ قال في «النوادر» : وهو خلاف قول ابن القاسم وأشهب .

وَفِي الْجُعْلِ مَعَ أَحَدِهِمَا قَوْلَانِ

أي : مع البيع والإجارة ، والمشهور : المنع للتاجر ؛ لأن البيع لا يجوز فيه الغرر ، بخلاف الجعل ، والبيع يلزم بالعقد بخلاف الجعل ويجوز الأجل في البيع بخلاف الجعل وذكر اللخمي في المسألة خلافاً ، وخرج أيضاً بعضهم قولاً بالجواز من قول سحنون الذي

(١) «المعونة» (٢/١٠٠) .

يجوز البيع ورد بأن المغارسة تلزم بالعقد بخلاف الجعل وإذا امتنع ضم الجعل إلى أحدهما فأحرى إلى مجموعهما ، وصرح ابن عبد السلام بأن القول في ضم الجعل إلى مجموع البيع والإجارة .

فَلَوْ بَاعَهُ نَصْفَ سَلْعَةٍ عَلَى أَنْ يَبِيعَ لَهُ نَصْفَهَا أَوْ بِأَنْ يَبِيعَ لَهُ نَصْفَهَا - فَثَالِثُهَا : إِنْ عِينَ أَجْلاً جَازَ ، وَرَبَاعُهَا : عَكْسُهُ ، وَعَلَى الصَّحَّةِ فِي التَّعْيِينِ لَوْ بَقِيَ بَعْضُ الْأَجْلِ حَوْسِبَ وَلَوْ انْقَضَى وَلَمْ يَبِعْ اسْتَحَقَّهُ ...

ذكر هذه المسألة عقب المسألة السابقة ، لأنها من اجتماع الجعل والإجارة مع البيع .

فإن قلت : فما الفرق بين قوله : (عَلَى أَنْ يَبِيعَ) وبين قوله : (بِأَنْ يَبِيعَ) قيل : بيع النصف في الثاني مجموع الثمن بخلاف الأول ، فإن بيع النصف بعض الثمن كما لو قال له : أبيعك النصف بدينار على أن تبيع النصف الآخر ، وذكر أربعة أقوال :

الأول : الجواز ، وهو ظاهر «الموطأ» قال في «بيع نصف ثوب» على أن يبيع له النصف الآخر : هذا جائز .

ابن لبابة : يريد ضرب أجلا أم لا في بلده أم غير بلده وله من الأجل قدر ما يباع إليه .

الثاني : المنع وهو لمالك في «المدونة»^(١) ، ففيها : روي عن مالك إن باعه نصف الثوب على أن يبيع له النصف الآخر فلا خير فيه .

وفي اختصار ابن يونس لم يجز وقال : يريد وإن كان بالبلد ، قيل لمالك : فإن ضرب للبيع أجلاً ، قال : ذلك أحزم ؛ وبه أخذ ابن المواز .

والقول الثالث : إن عين أجلا جاز ، وإلا فلا ؛ لأن مع ضرب الأجل تبقى إجارة ، وهي جائزة الاجتماع مع البيع ومع عدم ضربه فهو جعل ، ولا يجوز اجتماعه مع البيع وهذا القول مذهب «المدونة» ، وأطلق المصنف فيها وقيده في «المدونة» بأن يكون البيع في البلد نفسها ، وأما إن كان في بلد آخر فلا يجوز .

أبو إسحاق : لأنه اشترى شيئاً بعينه لا يقبضه إلا إلى أجل بعيد وهو بلوغه البلد .

والقول الرابع عكس الثالث .

ابن عبد السلام : وهو بعيد جدا ، ويقرب منه ما في «مختصر ما ليس في المختصر» :
إن ضربا أجلا فمكروه ، وإن لم يضرباه فلا بأس به .

قوله : (وَعَلَى الصَّحَّةِ فِي التَّعْيِينِ) أي : في ضرب الأجل وتعيينه وقال : «وعلى الصحة في التعيين» ولم يقل وعلى الثالث ليشمل القول الأول أيضاً ، فإنه أجاز في الأول مطلقاً سواء ضربا أجلا أم لا وهكذا في «المدونة» ، ففيها^(١) : وإن ضربا للبيع أجلا فإنه يجوز ، وإن باع ذلك في نصف الأجل فله نصف الإجارة وإن مضى الأجل ولم يقدر على بيع ذلك فله الأجرة كاملة .

ابن القاسم في الموازية : وإن باعه نصف ثوب بعشرة على أن يبيع له النصف الآخر في شهر ، فباعه في نصف شهر نظر كم قيمة يبعه في شهر ، فيقال : درهمان ، فكأنه باع بعشرة وبدرهمين وهو سدس الثمن فوق الإجارة بسدس الصفقة ، فلما باع في نصف الأجل انفسخ في نصف الإجارة وانفسخ بذلك نصف سدس الصفقة ، فيرجع بنصف سدسها وهو ربع السدس قيمة الثوب كله ، يرجع كله ثمناً ، أي لضرر الشركة على أصل ابن القاسم .

وقال يحيى بن عمر : إن كانت السلعة قائمة كان فيها شريكا ولم يراع ضرر الشركة .

ابن عبد السلام : فإما أن يكون ذلك على أصل أشهب في هذا الباب ، وإما أن يوافق ابن القاسم في الأصل وخالفه في هذا الفرع ، لأن المتباع دخل أولا على الشركة ولم يعتبر زيادتها ، واعتبرها ابن القاسم .

فَإِنْ كَانَ طَعَامًا لَمْ يَجْزُ إِلَّا بِالتَّاجِيلِ

يريد : وفي معنى الطعام : كل مكيل وكل موزون مما لا يعرف صرح به ابن يونس وغيره ولعله خصص الطعام تبعا «للمدونة» .

ومن أبقى الرواية على ظاهرها ، وقصر الحكم على الطعام ، فقد أبعد وفي المسألة ثلاثة أقوال ؛ أولها : التفصيل بين ما يعرف بعينه وما لا يعرف بعينه وهو مذهب «المدونة» كما ذكر المصنف .

والثاني في «الموازية» : الجواز مطلقاً ؛ لأنهما دخلا على التمام وعدم النقص فما طرأ بعد ذلك فهو كالأستحقاق .

(١) «تهذيب المدونة» (١١٦/٣) .

وثالثها اختيار ابن المواز : المنع مطلقاً وهو الظاهر ؛ لأنه قد ينتفع في بعض الأجل فيسترجع البائع مناب بقية الأجل ، وذلك مؤدي إلى : تارة يبعأ وتارة سلفاً ؛ لأنه لا يدري بماذا يرجع ، هل بجزء من الثوب أو القيمة .

وَلَا يَجُوزُ كِرَاءُ الْأَرْضِ بِشَيْءٍ مِنَ الطَّعَامِ كَانَ مِمَّا تُنْبَتُهُ الْأَرْضُ أَوْ مِمَّا لَا تُنْبَتُهُ وَلَا بَعْضُ مَا تُنْبَتُهُ مِنْ غَيْرِ الطَّعَامِ كَالْقَطْنِ وَالْكَتَّانِ وَالزَّعْفَرَانِ ، وَيَجُوزُ بِالْخَشَبِ وَالْقَصَبِ وَرَوَى يَحْيَى بْنُ يَحْيَى : لَا تُكْرَى بِشَيْءٍ إِنْ أُعِيدَ فِيهَا نَبْتٌ وَتُكْرَى بِمَا سِوَاهُ ، وَقَالَ ابْنُ نَافِعٍ : تُكْرَى بِكُلِّ شَيْءٍ إِذَا لَمْ يُزْرَعْ فِيهَا إِلَّا الْحِنْطَةُ وَأَخْوَانُهَا ، وَقِيلَ : يَجُوزُ أَنْ تُكْرَى بِكُلِّ شَيْءٍ ...

الأصل في هذا ما في «الموطأ»^(١) ، أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن المزبنة والمحاقلة . المزبنة : شراء التمر بالرطب ؛ والمحاقلة : شراء الزرع بالحنطة ، وكراء الأرض بالحنطة . وذكر هذا في الحديث في «المدونة» وزاد فقال في حديث آخر : أنه عليه السلام نهى عن كراء الأرض ببعض ما يخرج منها^(٢) وهو المخابرة التي نهى عنها في حديث آخر .

وذكر المصنف في كرائها أربعة أقوال : المشهور وهو مذهب «المدونة» أنه لا يجوز كراؤها بشيء من الطعام كان مما تنبته كالقول والحمص أم لا كالعسل والسمن ولا يجوز أيضاً كراؤها بما تنبته طعاماً أو غيره كالقطن ويجوز بالقصب : وهو بفتح الصاد المهملة . وهكذا قال ابن شاس^(٣) وصاحب «التلقين»^(٤) وأما الخشب فذكره في «المدونة» وزاد العود والحطب والجدوع قيل لسحنون في كتاب ابنه : ولم جاز كراؤها بهذه الأشياء وهي كلها مما تنبته الأرض ؟

فقال : هذه الأشياء يطول مكثها ووقتها فلذلك سهل فيها .

ابن عبد السلام : وقد علم أن القصب دون هذه في البعد ، وقال بعضهم رعياً للمعنى الذي أشار إليه سحنون : يجوز كراؤها شهرين بشيء لا يمكن أن ينبت إلا في السنة وهو غير طعام ، كجواز كرائها بالشجر .

(١) تقدم تخريجه .

(٢) أخرجه البخاري (٢١٦٥) ، ومسلم (١٥٤٧) من حديث رافع بن خديج - رضي الله عنه .

(٣) «الجواهر» (٥٨/٣) .

(٤) «التلقين» (٤٠١/٢) .

وعلل ابن الماجشون ذلك فقال : لأن الخشب ليس بزرع ونقضه الباجي بالقطن والكتان .

وحكى ابن أبي زمنين عن ابن الماجشون جواز كرائها بالقطن والزعفران في أرض لا تنبت القطن ولا الزعفران والذي حكى ابن حبيب عن جماعة سواه مثل القول الأول .
وفي «الموازية» جواز كرائها بالخضر ، لكن تأوله الشيخ أبو محمد على أنه يريد الكلا لأنه لا يزرع ولا بأس بكرائها بالماء .

وقوله : (سواه) يريد : بكل ما لو أعيد فيها لم ينبت طعاما أو غيره وقال بهذه الرواية يحيى وابن كنانة وابن مزين وقول ابن نافع هو القول الثالث .

ابن عبد السلام : ومنهم من لا يذكر فيه في الاستثناء إلا الحنطة ويسكت عما عداها ومنهم من يقول مثل قول المصنف : (إِلَّا الْحِنْطَةَ وَأَخْوَاتِهَا) ومنهم من يقول : إلا الحنطة والشعير والسلت ؛ فعلى هذا ينبغي أن يقال : إلا الحنطة وأختها .

خليل : وعلى هذا ، فأخواتها من إطلاق الجمع على الثني ويحتمل أن يضم إليها العلس على القول بضمه فيكون الجمع على بابهِ والقول بجواز كرائها بكل شيء حتى الحنطة لابن شعبان والأصيلي وغيرهما .

تنبيه :

شدد سحنون في كرائها بما يخرج منها فقال : من فعل ذلك فهو جرحه في شهادته .

وتأوله محمد على من كان مذهبه المنع أو مقلدا لمن مذهبه المنع .

سحنون : ولا يؤكل طعامه ولا يشتري منه من ذلك الطعام الذي أخذه في كرائها .

وتأوله ابن رشد^(١) على أن ذلك من الورع وإذا نزل فإنما لربها كراؤها بالدرهم .

وذكر الشيخ أبو محمد أن عيسى بن مسكين وغيره الذي يجري به أكريتهم ثمناً أصاب قليلاً أو كثيراً ولم يعتبر ما قيمة كرائها يوم العقد لأنه لا كراء لها على المكري في الأرض إذا لم يصب فيها شيئاً أصلاً من قضاة أصحابنا حكموا أن ينظر إلى ما يقع له من ذلك الجزء من ثلث أو ربع ، فيعطى قيمة ذلك الجزء دراهم قالوا : لأنه لا يعرف لها بالمغرب قيمة كراء ذلك بالعين ، فلذلك يعطى قيمة ذلك الجزء الذي يجري فيه أكريتهم .

(١) «البيان والتحصيل» (٨/٥٠١) .

الثالث: المنفعة وهي متقومة - غير متضمنة استيفاء عين قصداً - مقدور على تسليمها - غير حرام ولا واجبة - معلومة ...

الركن الثالث: المنفعة: وهي عوض الأجرة وذكر المصنف أنه يشترط فيها خمسة قيود وسيتكلم على كل واحد منها .

واحترز بقوله: (قصداً) من إجارة الثياب ونحوها ، فإن بعضها يذهب بالاستعمال ، لكن بحكم التبعية ولم يقصد بخلاف استئجار الأشجار لثمرتها ونحوه .

ابن عبد السلام: بل جعل بعضهم ذهاب شيء من العين شرطاً في جواز الإجارة ورأى أن هذا سبب كراهة إجارة الحلبي بالذهب والفضة لما يؤدي إلى بيعها بأحد النقيدين غير ناجز .

وفي إجارة الأشجار لتجفيف الثياب: قولان

هذه تتعلق بقوله: (متقومة) والخلاف فيها خلاف في حال ، هل هذه متقومة أم لا ؟ والقولان ذكرهما ابن شاس^(١) ولم يعزهما .

ابن عبد السلام: والأقرب الجواز ، لأن الانتفاع بالأشجار في هذا الوجه مما يتأثر الأشجار ، وبه تنقص منفعة كثيرة منها .

قال ابن القاسم: لا تصح في الدنانير والدراهم للترزين وما لا يعرف بعينه ، وقيل: يصح إذا لزمها المالك ...

يحتمل أن يعود إلى القيد الأول ويكون الخلاف خلافاً في حال: هل منفعة الترزين متقومة أم لا ؟ ويحتمل أن يعود للثاني وهو قوله: (غير متضمنة استيفاء عين) لأن ذهاب عين الدنانير مقصوده والأول أولى ؛ لأن بعده ما لا يصح تعلقه بالقيد الثاني وهو الخلاف في إجارة المصحف ، ولأنها إذا لزمها لا تبقى هنا إذ ذهاب عين أصلاً ، وأفرد المصنف الدنانير والدراهم وإن كانا داخلين فيما لا يعرف بعينه لانفرادهما غالباً بالترزين والقول الثاني للأبهري وغيره .

الباجي^(٢): ولا يخالف ابن القاسم إذا لم يغب عليها وإن كان عبد الوهاب وجه

(١) « الجواهر » (٥٨/٣) .

(٢) « المنتقى » (٩٥/٦) .

القولين ، وكلام المصنف وابن شاس يأتي على طريقة عبد الوهاب ، وأما طريقة الباجي فليست في المسألة إلا قول واحد .

ومنع ابن العطار إجارة قدور الفخار وصحاف الختم بناء على عدم المعرفة ووافقه ابن الفخار في القدور وخالفه في صحاف الختم وقال : إنها تعرف ولا معنى لمنع إجارتها .

وَفِي إِجَارَةِ الْمُصْحَفِ قَوْلَانِ ، بِخِلَافِ بَيْعِهِ

المشهور وهو مذهب «المدونة» : الجواز قياساً على بيعه والشاذ لمحمد وابن حبيب ونقله عمّن لقيه من أصحاب مالك .

ابن حبيب : والفرق بين البيع والإجارة أنه في البيع ثمن للزوم الخط ، وفي إجارته ثمن القرآن .

وردّ بأنه إن كان مراده ثمن القرآن ، أي ثمن القراءة فالقراءة فعل القارئ ولا معاوضة وإن كان مراده القرآن حقيقة فذلك أيضاً غير مبيع ولا مستأجر وإنما المبيع الورق بصفته وذلك هو المستأجر وقوله : (بِخِلَافِ بَيْعِهِ) أي : فإنه متفق على جوازه .

وَلَا يَصِحُّ فِي الْأَشْجَارِ لِثَمَارِهَا وَالشَّاةِ لِتَنَاجِجِهَا وَلَبَنِهَا وَصُوفِهَا

هذا متعلق بالقيد الثاني وهو قوله : (غَيْرٌ مُتَضَمِّنَةٌ اسْتِيفَاءً... قَصْداً) فلذلك لا يصح استئجار الأشجار لاستيفاء ثمارها لأن ذلك مؤد إلى بيع ثمرة قبل بدو صلاحها وكذلك الشاة للتناج والصوف .

وأما اللبن فقال ابن عبد السلام وغيره : والمذهب لا يمنع مطلقاً خلاف ما ذكره المصنف ، لأن غاية استئجارها لذلك أن يؤدي إلى بيع اللبن وقد أجازته في «المدونة» إذا كان جزافاً بشرط أن تكون الغنم كثيرة كالعشرة ونحوها ، وأن يكون في الإبان ، وأن يعرف وجه حلابها ، وأن يكون إلى أجل لا يتقضي اللبن قبله ، وأن يشرع في أخذ ذلك يومه أو إلى أيام يسيرة وأن تسلم إلى ربها لا إلى غيره وإن كان على الكيل أسقطت الشرط الأول فقط وذلك ؛ لأن الغالب وجود اللبن في بعضها أو كلها وعلى هذا فيحمل كلام المؤلف على ما إذا لم يكن في زمان الإبان كما في الثمرة والصوف .

وَاعْتَفِرْ ثَمْرَةً مَا فِي الدَّارِ وَالْأَرْضِ الْمُسْتَأْجَرَةِ مَا لَمْ تَزِدْ عَلَى الثُّلُثِ بِالتَّقْوِيمِ لَا بِمَا
اسْتَأْجَرَ...

لما تكلم على ما امتنع لأجل استيفاء العين قصداً أتبعه بما يجوز لأنه لدفع ضرر دخول
المستأجر الدار لجداد الثمرة وسقيها .

وقوله : (مَا لَمْ تَزِدْ عَلَى الثُّلُثِ) يقتضي جواز الثلث وهكذا بلغ ابن القاسم وأما في
روايته عنه فلم يبلغ بها الثلث واقتصر المصنف على هذا الشرط كما في «المدونة»^(١) .

وزاد اللخمي ثلاثة شروط وهو : أن يشترط جملتها وأن يكون طيبها قبل انقضاء أمد
الكراء وأن يكون قصد باشرائها دفع المصرة في التصرف إليها .

وقوله : (بِالتَّقْوِيمِ) قال في «المدونة» بعد طرح قيمة المؤونة والعمل فيقوم كراء الدار
والأرض بغير شرط فإن قيل : عشرة قيل : فما قيمة الثمرة فيما عرف مما يطعم كل عام
بعد طرحه قيمة المؤونة ؟

فإن قيل : خمسة : جاز .

وقوله : (لَا بِمَا اسْتَأْجَرَ) لأنه قد يستأجر بخلاف القيمة .

خليل : وهو شبيه على ما يفعلونه في هذا الزمان من القناطر ليوصلوا بذلك إلى بيع
الثمرة قبل بدو الصلاح فيظهرون أن الأجر كثير ثم يبرئه بعد العقد وهي حيل لا تخفى
على عالم الخفيات .

واستشكل اللخمي هذا التوقع بأنه أعلى من الصفة التي دخل عليها مشتريها قال :
والصواب أن يقال : كم قيمتها ؟ على أن سقيها على مشتريها وعلى أن المصيبة إن كانت
من المكتري وعلى إن جاءت على خلاف المعتاد لم يكن له مقال فقال ابن القاسم : لا يرى
له مقال إن احتيجت فينبغي أن تقوم على ما اشترت عليه فإن كان الكراء بالنقد قومت
الثمرة بالنقد ، لأنه أبخس لقيمتها وإن كان على أنه يقبض مشاهرة قومت الثمرة على أن
ما ينوبها مشاهرة وهذه المسألة في أول كتاب كراء الدور ولها فروع تركناها لعدم ذكر
المصنف لها .

وَأَسْتِجَارُ الْمُرْضِعِ وَإِنْ كَانَ اللَّبْنُ عَيْنًا لِلضَّرُورَةِ

(أَسْتِجَارُ) معطوف على ثمرة الدار .

قوله : (وَإِنْ كَانَ اللَّبْنُ عَيْنًا لِلضَّرُورَةِ) أي : جائز ، وهو ظاهر التصور كما قال المصنف .

قيل : ولأن اللبن غير مقصود ، لأنه تبع لقيامها بالصبي وتكلفتها جميع مؤنته ، ولهذا أجازوا إجارتها بالطعام ، وإن كان فيه طعام بطعام غير ناجز لكن التعليل بالضرورة عام في جميع صور المسألة الأولى بخلاف الثانية ؛ فإن الاستئجار قد يكون على الرضاع فقط .

وقوله : (لِلضَّرُورَةِ) تعليل لها والتي قبلها ، واشتروا في الأولى التبعية ولم يشترطوا في هذا ، لأن دليل الأولى من جهة القواعد دليل الثاني قوله تعالى : ﴿ فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ ﴾ إلى قوله : ﴿ أُخْرَى ﴾ [الطلاق: ٦] .

للخمي : ويشترط حضور الصبي ليرى سنه فإن كان غائبا لم يجز إلا أن يذكر سنه ، لأن الرضاعة تختلف ، فليس رضاع ابن شهرين كرضاع ابن سنة وإن جربت رضاعه لأنه قال : هي الظئر تستأجر لرضاع صبيين فمات أحدهما تفسخ الإجارة لاختلاف الرضاع ، لأنها لو استأجرت نفسها لتجد أجر مكان الميت لم يدر هل رضاعه كالميت أم لا ؟ وظاهره التخريج وحكاية المتيطي عن سحنون صريحا .

وَلِلزَّوْجِ أَنْ يَفْسَخَ إِذَا كَانَ بِغَيْرِ إِذْنِهِ

وإن فعلت ذلك بغير إذنه فله أن يفسخه لما يلحقه في ذلك من الضرر بتشاغلها عنه ، وتغيير حالها ولاسيما إن كانت خدمته عليها .

وَفِي مَنَعِهِ مِنَ الْوَطْءِ قَوْلَانِ ، فَإِنْ تَبَيَّنَ ضَرَرُ الصَّبِيِّ مَنَعٌ

يعني : إذا أذن لها في الإجارة أو أجازها ، فهل يمنع من الوطء وهو مذهب «المدونة» أو يجوز له ؟ وهو قول أصبغ بشرط عدم مضرة الصبي وألا يشترط عليه تركه ، أما إن تبين ضرره منع ، واحتج أصبغ بقوله عليه السلام : «لقد هممت أن أنهى الناس عن الغيلة..» الحديث (١) .

وأجيب بأن ليس لكل مباح يتناوله عقد الإجارة ، واختار ابن حبيب واللخمي الأول وحمل ابن القاسم استئذانه لأجل حقه في الإصابة ، وجعل أصبغ استئذانه لأن له المنع لما

(١) أخرجه مسلم (١٤٤٢) من حديث جدامة بنت وهب الأسدية - رضي الله عنها .

يلحقه من المعرة والمضرة، وأقاموا مما في «المدونة» أنه إذا خالعتها على رضاع ولده أنها لا تزوج، وأن له منعها من ذلك لأن اللبن مشتري فيهما .

فروع :

الأول : ابن عبد الحكم : وإن أراد الزوج السفر بها لم يكن له ذلك إن أجرت نفسها بإذنه ، وإن كان بغير إذنه فله ذلك وتنسخ الإجارة .

الثاني : إذا حملت الظئر فخيف على الولد انفسخت الإجارة ولا يلزمه أن تأتي بغيرها يرضعه ، قاله في «المدونة»^(١)، وهل يجوز أن تأتي بالغير إن نقد لها الأب الأجرة ؟ لم يجز ، لأنه فسخ دين في دين على أصل ابن القاسم وإلا جاز .

وإذا فسختها لحمل الظئر فقال ابن عبد الحكم : لو كانت تكملة الأجرة لم تحبس فيها لأنه طوع .

الثالث : قال في «المدونة»^(٢) : ترضعه حيث اشترطوا فإن لم يشترطوا شيئاً فشأن الناس الرضاع عند الأبوين إلا امرأة لا يرضع مثلها عند الناس أو يكون الأب وضيعاً لا يرضع مثلها عنده فذلك لها .

الرابع : قال في «المدونة»^(٣) : وإن سافر الأبوان فليس لهما أخذ الصبي إلا أن يدفعوا إلى الظئر جميع الأجرة .

الخامس : قال في «المدونة»^(٤) : وإذا مرضت مرضاً لا تقدر معه على رضاع فسخت الإجارة ، ولو صححت في بقية منها أجبرت على الرضاع في بقيتها ، ولها من الأجر بقدر ما أرضعت ، وليس عليها أن ترضع ما مرضت .

قال غيره : إلا أن يكون الكراء انفسخ بينهما فلا تعود .

واختلف : هل قول الغير وفاق أو خلاف ؟ والقولان منصوبان في غير «المدونة» وأما إن تزوجت وأقامت في بيت زوجها فللأب أن يفاسخها فإن فاسخها لمرض أو سجن يطول

(١) «المدونة» (١١/٤٦٣) .

(٢) «تهذيب المدونة» (٣/١٢٩) .

(٣) «تهذيب المدونة» (٣/١٣٠) .

(٤) «تهذيب المدونة» (٣/١٣٠) .

ثم قامت أو خرجت بالقرب فاختلف في إمضاء الفسخ أو رده ، قيل : وتفسخ إجارة الظئر بأربعة شروط : بموتها ، ومرضها وحملها وموت الصبي .

قال في المعين : وكذلك إن سجت في حق وخيف طول سجنها ، وإن مات زوجها باتت في بيتها فلأب الصبي أن يفاسخها .

السادس : قال في «المدونة»^(١) : وإن اجرها على رضاع صبي لم يكن لها أن ترضع غيره معه .

وَلَا يَجُوزُ اسْتِحْجَارُ أَرْضٍ لِلزَّرَاعَةِ وَمَاؤُهَا غَامِرٌ وَأَنْكِشَافُهُ نَادِرٌ

هذا شروع منه فيما يتعلق بالقيد الثالث وهو قوله : (مَقْدُورٌ عَلَى تَسْلِيمِهَا) .

(وَمَاؤُهَا غَامِرٌ) جملة حالية وكذلك قوله : (وَأَنْكِشَافُهُ نَادِرٌ) .

ومعنى (غَامِرٌ) كثير .

الجوهري : وقد غمره الماء يغمره إذا علاه .

ومذهب «المدونة» خلاف ما ذكره المصنف ففيها^(٢) : وإن أكرت منه أرضك الغرقة بكذا إن انكشف عنها الماء وإلا فلا كراء بينكما ؛ جاز إذا لم ينقد ولم يفرق بين أن يكون انكشافه نادراً أم لا .

قال في «المدونة»^(٣) : وقال غيره : إن خيف ألا ينكشف لم يجز وإن لم ينقد .

ابن عبد السلام : هذا شاذ والأول هو مختار غير واحد .

ووقع في بعض النسخ عوض (غَامِرٌ) (غَائِرٌ) ولعله يوافق ما في «الموازية» فيمن اكرت أرضاً ولها بئر لا تكفي ، أن الكراء فاسدٌ وإن لم ينقده ، لأنه خاطر على أمر لا يدرى أيتمُّ أم لا يتم .

ابن يونس : وظاهر «المدونة» كراهة النقد في ذلك خاصة والأشبه أن ذلك لا يجوز .

(١) « تهذيب المدونة » (٣/١٣٠) .

(٢) « المدونة » (١١/٥٤٢) .

(٣) « المدونة » (١١/٥٤٢) .

وَأَمَّا أَرْضُ النَّيْلِ وَالْمَطَرُ الْعَالِبُ عَادَةً فَتَصِحُّ إِجَارَتُهَا وَالنَّقْدُ فِيهَا ، وَقِيلَ : لَا يَنْقَدُ فِي أَرْضِ الْمَطَرِ ، وَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ : لَوْ اسْتَوَى الْأَحْتِمَالَانِ فِي انْكِشَافِ الْمَاءِ جَازَ ، وَقَالَ غَيْرُهُ : لَا يَجُوزُ ..

الخلافاً في جواز العقد لا في جواز النقد فقوله : (جَازَ) أي : العقد .

ابن راشد : والقول الثاني أظهر ، لأن هذه الأرض لا ينتفع بها والأصل فيها عدم الجواز حتى يغلب على الظن إمكان الانتفاع بها وقد تقدم أن ابن القاسم أجاز العقد بالنسبة إلى أرض ماؤها غامر وانكشافها نادر وإذا أجاز ذلك عنده فهذه المسألة أخرى ولهذا قال صاحب «المقدمات»^(١) : تحصيل مذهب ابن القاسم جواز العقد كانت أرض مطر أو نيل أو غيرهما ، مأمونة كانت أم لا .

وأما تحصيل مذهبه بالنسبة إلى جواز النقد ووجوبه فما كان من الأرض مأموناً كأرض النيل أو المطر أو السقي بالعيون الثابتة والآبار المعينة فالنقد فيها الأعوام الكثيرة جائز ، وما كان منها غير مأمون فلا يجوز النقد فيه إلا بعد أن تروى ويتمكن من الحرث كانت من النيل أو المطر أو السقي بالعيون أو الآبار .

وأما وجوب النقد فيجب عنده في أرض النيل إذا رويت إذ لا يحتاج إلى غير ذلك ، وأما غيرها فلا يجب النقد فيها عنده حتى يتم الزرع وتستغني عن الماء ، ووافقه ابن الماجشون إلا في أرض السقي المأمونة فيجعلها كأرض النيل يجب النقد فيها إذا رويت ، وعلى مذهب ابن الماجشون فالأرض بالنسبة إلى جواز النقد فيها على أربعة أقسام : أرض النيل المأمونة فيجوز فيها الكراء بالأعوام الكثيرة بالنقد أو غير النقد قرب إبان شربها أو ريبها أم لا .

وأرض السقي بالعيون لا يجوز عنده كراؤها إلا لثلاثة أعوام أو أربعة ، ولا ينقد إلا سنة ؛ يريد أنه ينقد السنة الثانية قبل تمام الأولى بيسير إن لم ترو الأرض ، قاله في «الواضحة» ، وأما أرض المطر فلا يُجِيزُ الكراء فيها حتى تروى رياً مبلغاً له أو لاكثره مع رجاء مطر غيره . انتهى باختصار .

وَتَصِحُّ إِجَارَةُ الرَّقْبَةِ وَهِيَ مُسْتَأْجَرَةٌ أَوْ مُسْتَنْتَى مُنْفَعَتِهَا مُدَّةً تَبْقَى فِيهَا غَالِبًا

يعني : ليس من شرط الإجارة قبض المنفعة في الحال ، بل يجوز لربها إذا كانت الرقبة

مستأجرة أن يؤاجرها من آخر بعد مدة الأول وكذلك يجوز له أن يؤاجرها إذا كان مستثنى منفعتها وصورتها أن يشتري إنسان شيئاً ، فيستثنى بئعه منفعته مدة معينة تبقى فيها الرقبة غالباً فللمشتري أن يؤاجرها ليقبضها المستأجر بعد المدة التي استثناها البائع والمشهور جواز النقد على منفعة عبد أو دابة تقبض بعد شهر ، وإنما يمنع شرط النقد خاصة .

وقال غير ابن القاسم : يمنع عقد الكراء على مثل هذا .

وقيد محمد الأول بما إذا لم تكن الدابة في سفر .

ففي «المدونة»^(١) : ومن اكرى داراً على أن لا يقبضها إلى سنة جاز ذلك وجاز النقد فيها لا منها ، فإن بعد الأجل جاز الكراء ولا يجب النقد فيه .

وَالنَّقْدُ فِيهَا يَخْتَلِفُ بِاخْتِلَافِهَا ، وَاسْتُخِفَّ فِي الْعَقَارِ سِنِينَ ، وَاسْتُكْتِرَ فِي الْحَيَوَانَ عَشْرَةَ أَيَّامٍ ...

(فيها) أي في الرقبة المستأجرة .

(يَخْتَلِفُ بِاخْتِلَافِهَا) فإن كانت الرقبة يؤمن بقاؤها وعدم تغييرها جاز النقد فيها وإلا فلا ، ولهذا (وَاسْتُخِفَّ فِي الْعَقَارِ سِنِينَ) أي : أنهم أجازوا النقد شرطاً في العقار على أن يقبض إلى سنين ولم يجيزوا ذلك في الحيوان إلا القصيرة كعشرة أيام .

فإن قلت : هلاً حملت كلامه على مقدار أمد الإجارة الذي يكون قبض الشيء المستأجر بعده .

قيل : لو حملناه على ذلك لأقصرنا أمد الإجارة على عشرة أيام في الحيوان إلا عشرة أشهر ، بل يجوز أكثر من ذلك .

نعم المختار عند المتأخرين التفرقة بين الحيوان والرباع والثياب ويفرق أيضاً في الرباع بين القديم والحادث منهما وإن كان المتقدمون لم يفصلوا في ذلك ولكن لم يذهب أحدٌ منهم إلى استكثار عشرة أيام في الحيوان .

وذكر اللخمي في أمد إجارة العبد ثلاثة أقوال : أجاز في «الموازية» العشر سنين بالنقد ، وفي «المدونة» خمس عشرة سنة ، ومنعه ابن القاسم في العشر .

اللخمي : وأرى أن ينظر إلى العبد فقد يكون شاباً وقد يكون شيخاً .

(١) «تهذيب المدونة» (٣/١٧٥) .

وَيَصِحُّ بَيْعُهَا إِلَى مَا يُنْقَدُ فِيهِ

يعني : ويصح بيع الرقبة على أن تبقى بيد بائعها إلى ما يجوز النقد فيه في الإجارة ، إما لكونه أجرها أو ليتفجع بها ، فيستكثر في الحيوان عشرة أيام ويستحب في العقار السنون .

ابن راشد : وأجاز ابن القاسم استثناء منفعة الأرض عشرة أعوام وأجاز المغيرة السنين الكثيرة وأجاز ابن القاسم سكنى الدار بينه وبين العام ولم يجز أكثر من ذلك لما يخشى من تغييرها وأجاز ابن حبيب السنين وقيل : تجوز السنة ونصف السنة .

وروى سحنون : ثلاثة أعوام ، وروي عن ابن القاسم في «الموازية» جواز استثناء سكنى عشرة أعوام والخلاف خلاف في حال ولا نفقة فإن كانت المدة لا تتغير فيها غالباً جاز .

وَلَا يَجُوزُ اسْتِئْجَارُ حَائِضٍ عَلَى كَنْسِ مَسْجِدٍ

هذا يتعلق بقوله : غير حرام وكلامه مقيد بما إذا كانت هي تكنس وأما لو كانت الإجارة متعلقة بذمتها فيجوز ، وكذلك أيضاً عكس هذه المسألة : لو أجر المسلم نفسه لكنس كنيسة ونحو ذلك ، أو أجر نفسه ليرعى له الخنازير أو ليعصر له خمراً .

مالك : ويؤدب المسلم إلا أن يعذر بجهالة واختلاف قول مالك هل تؤخذ الأجرة من الكافر ويتصدق منها أو لا ؟

ابن القاسم : والتصدق بها أحب إلينا وللشيوخ خلاف فيمن باع داره أو أجرها لمن يتخذها كنيسة ، هل يتصدق بالثمن كله أو الكراء أو إنما يتصدق بفضلة الكراء ، أو يفرق فيتصدق في البيع بالفضل ، وفي الكراء يتصدق بالجميع ؟

ابن يونس : وبالثالث أقول .

وَلَا يَجُوزُ اسْتِئْجَارٌ عَلَى عِبَادَةٍ مُعَيَّنَةٍ عَلَيْهِ كَالصَّلَاةِ وَالصِّيَامِ وَتَقَدَّمَ الْحَجُّ

وهذا يتعلق بقوله (وَأَجِبَةٌ) واحترز بقوله : (مُعَيَّنَةٌ) مما على الكفاية كغسل الميت ونحوه .

واعلم أن العبادة المعينة قد لا تكون واجبة كالوتر وركعتي الفجر ، فلا يصح الاستئجار عليها .

فكلامه هذا أحسن من قوله أولاً : (ولا وأجبة) ولم تجز الإجارة هنا لأن من شرط العقد على المنفعة ، أن تحصل المنفعة للمستأجر وإذا استأجره على أن يصلي ما وجب عليه أو يصوم عنه لم تحصل المنفعة للمستأجر .

وقوله : (وتقدم الحج) أي : في الحج .

بِخِلَافِ غُسْلِ الْمَيِّتِ وَحَمْلِ الْجِنَازَةِ وَحَفْرِ الْقَبْرِ

فإن الإجارة عليهما جائزة .

وفي الإمامة ثلاثة : لابن عبد الحكم وابن حبيب وغيرهما - ثالثها : إن كان على أفرادها لم يجز ، وإن كان مع أذان والقيام بالمسجد جاز ، وفيها : وتجاوز الإجارة على الأذان والصلاة معاً ...

الجواز لابن عبد الحكم ورأى أن الإجارة على ملازمة الموضع لا على نفس الصلاة .

ابن يونس : وهو القياس .

والمنع لابن حبيب قال : لا تجوز الإجارة على أذان ولا صلاة .

والثالث تصوره من كلام المصنف ظاهر ، وهو مذهب «المدونة» وبه العمل .

ولو قال المصنف : إن كانت مع غيرها جاز لكان أخرى على قاعدته لأنه خالف هنا

الغالب من عاداته إذ لم يجعل صدر الثالث هو القول الأول .

ابن راشد : وروى ابن زياد عن مالك الجواز في الفرض دون النفل .

المتيطي : ذكر الظلمنكي في كتابه وروى ابن الماجشون عن مالك إجارة الأجرة في قيام

رمضان وقال : هو مثل المؤذن ومعلم القرآن قال فيها في الصلاة : وتجاوز الإجارة على

الأذان ؛ يعني بخلاف الصلاة يفردا .

وفيها في آخر الصيام : ولا يؤم أحد بإجارة في رمضان ولا في الفرائض .

وفي الجعل : وكره مالك الإجارة في الحج وعلى الإمامة في الفرض وفي قيام رمضان .

ابن عبد السلام : وحيث نسب إلى «المدونة» المنع فهل هو على الكراهة كما في هذه

المواضع ، أو على التحريم ؟ وحمل الكراهة فيه تردد .

خليل : الراجح الحمل على الكراهة ، وهو الذي نص عليه صاحب «النكت»^(١) وابن يونس ، ولو كانت ممنوعة عنده لما جاز الإجارة على الأذان والصلاة لاشتمال الصفة حيثند على حلال وحرام .

ابن يونس : واختلف شيوخنا إذا أوجر على الأذان والصلاة ثم تعطل عن الصلاة لأمر عرض له ، هل تسقط حصة ذلك من الإجارة بناء على أن الاتباع حصة من الثمن أم لا ؟ والظاهر الإسقاط وهو اختلاف اللخمي وصاحب «النكت» .

تنبيهات :

الخلاف الذي ذكره المصنف ، إنما نقله المتقدمون في الذي يأخذ الأجرة من الناس الذين يستأجرونه على ذلك من أموالهم ، والظاهر أن ما يؤخذ من بيت المال والأحباس أخف وأن قصارى أمره الكراهة ولا ينتهي إلى التحريم وذكر القرافي أن ما يؤخذ من بيت المال متفق على جوازه ، قاله ابن عبد السلام .

الثاني : المتطي : ويحسب على الإمام الكثير من مرضه أو مغيبه دون القليل ، وأما إن غاب الجمعة ونحوها فلا بأس بذلك ولا يحط من أجرته شيء ، قاله غير واحد من القرويين .

الثالث : وليس لأهل المسجد ولا لبعضهم بعد الاتفاق على الرضا بالإمام أن يخرجوه ولا يتأخروا عن الصلاة خلفه ، إلا أن يثبتوا عند الحاكم ما يجرحه ، لكن يكره للإمام إذا كره الأكثر من الجيران الصلاة خلفه أن يصلي بهم وهم يكرهونه ولكن لا يقضى عليه . ابن مغيث في «وثائقه» : وذلك إذا استأجره صاحب الأحباس ، وأما إن استأجره الجماعة فلهم تأخيرهم من غير إثبات جرحه .

الباسجي : ونزلت بإشبيلية سنة ثمانين وثلاثمائة في إمام اختلف الجيران عليه وكره بعضهم الصلاة خلفه وقال أحمد بن عبد الله : إن قام من الجيران النفر اليسير فلا يؤخر الإمام عن الصلاة إلا أن يثبتوا عليه جرحه وإن قام الجيران يجمعون أو جلهم فإنه يمنع من الصلاة بهم لما جاء : «لا يصلي الإمام بقوم وهم له كارهون»^(٢) .

(١) «النكت والفروق» (٨٨/٢) .

(٢) أخرجه أبو داود (٥٩٣) وابن ماجه (٩٧٠) والبيهقي في «الكبرى» (٥١٢٢) من حديث عبد الله بن عمرو - رضي الله عنهما - ، وصححه الألباني - رحمه الله .

وهكذا ذكر ابن حبيب فيها ؛ وشاور قاضي قرطبة الفقهاء فقال عمر بن أحمد بن عبد الملك وتابعه عليه غيره كذلك فحكم به وإن كان غير القائمين القليل من الجيران وهم أهل العدالة والخير والقائمون ليسوا كذلك فلا يلتفت إليهم .

وَكْرَهُ إِجَارَةَ قُسَامِ الْقَاضِي

هذا إن كان لهم رزق في بيت المال وتقدمت هذه المسألة ولعل الكراهة أن معظم القسمة علم لا عمل ولأنه وكيل على الناس فكان كالقاضي .

وَلَا بَأْسَ بِمَا يَأْخُذُهُ الْمُعَلَّمُ عَلَى التَّعْلِيمِ وَإِنْ لَمْ يَشْتَرِطْ، وَإِنْ اشْتَرِطَ شَيْئاً مَعْلُوماً جَازاً..

لما في الصحيح : «إن خير ما أخذتم عليه أجرأ كتاب الله» (١) .

وقوله : (وَإِنْ اشْتَرِطَ) مبالغة .

وقوله : (وَإِنْ اشْتَرِطَ شَيْئاً مَعْلُوماً جَازاً) يعني : سواء كان ذلك المعلوم كل شهر ونحوه

بكذا أو على الخذاق .

ابن الجلاب (٢) : وقيل : لا يجوز إلا مشاهرة ونحوها ولا يقضى للمعلم بهدايا الأعياد والجمع ، وهل يقضى بالحدقة ؟ وهي الإصرافة إذا جرى به العرف ؟ وهو قول سحنون أولا وهو قول أبي إبراهيم إسحاق بن إبراهيم وليس فيها شيء معلوم وهي على قدر حال الأب .

وإذا بلغ الصبي ثلاثة أرباع القرآن لم يكن لأبيه إخراجاه ووجب الحدقة للمعلم ووقف

في الثلثين .

فروع :

قال في «المدونة» (٣) : وأكره الإجارة على تعليم الفقه والفرائض كما يكره بيع كتبها ،

وأكره الإجارة على تعليم الشعر والنحو أو على كتابة ذلك أو إجارة كتب فيها ذلك ،

وبيعها ، وكره مالك قراءة القرآن بالألحان فكيف بالغناء .

عياض : معنى نوح المتصوفة : أناشيدهم ، ورواه بعضهم نحو وهو غلط .

(١) أخرجه البخاري (٥٤٠٥) من حديث ابن عباس - رضي الله عنهما .

(٢) «التفريع» (١٣٥/٢) .

(٣) «تهذيب المدونة» (١٢٢/٣) .

واختلف في الاستئجار على تعليم الفقه كالاختلاف في بيع كتبه ، ومنع ابن القاسم الاستئجار على تعليم النحو والشعر .

وأجاز أصبغ وابن حبيب الإجارة على تعليم الفقه والنحو وتعليم الرسائل وأيام العرب ، وأما تعليم الغناء والهجو فلا يختلف في منعه .

وَلَا بَدَّ مِنْ بَيَانِ الْمَنْفَعَةِ إِذَا كَانَ فِيهَا مَا تَقَعُ الْمَشَاحَةُ فِيهِ مَا لَمْ يَكُنْ عَرَفٌ وَتَقِيدُ

هذا شروع منه فيما يتعلق بالقيد الآخر وهو قوله : (مَعْلُومَةٌ) أي : لا بد من بيان جنس المنفعة ليتتفي الغرر كما إذا أكرى دابة ليحمل عليها أو ليركبها ما لم يكن عرف كحمير المكارية عندنا بمصر فإنه جاز في ركوبها .

(وَتَقِيدُ) وهو بالتاء من فوق وفتح القاف لما لم يسمَّ فاعله ؛ أي : وتقيده المنفعة بزمان أو مكان ، وهو يرجع إلى بيان قدرها .

وفي بعض النسخ : (ويقيد) - بالياء - فيكون صفة للعرف ؛ ليحترز بذلك من عرف ليس بمنضبط ، وفي بعضها : (وتقيده) مصدر من قيد .

فَإِنْ كَانَ اسْتِصْنَاعًا فَبِالزَّمَانِ أَوْ بِمَحَلِّ الْعَمَلِ كَخِيَاظَةِ ثَوْبٍ أَوْ يَوْمٍ مُعَيَّنٍ ، فَإِنْ جُمِعَ بَيْنَهُمَا فَسَدَّ ...

هذا بيان كيفية تقييد المنفعة وذكر أنه إذا كان العمل المستأجر عليه صنعة فإنها تقيده بالزمان أو بالمحل ، فخياطة ثوب مثال لما يقيد بمحل العمل ، واليوم مثال لما يقيد بالزمان .

وإن جمع بينهما - بأن قال : خِطُّ هَذَا الثَّوْبِ فِي هَذَا الْيَوْمِ بِدَرَاهِمٍ - فَسَدَّ ، وهذا في «الجواهر»^(١) ، وعلمه فقال : لأنه ربما تم العمل في اليوم أو بعده .

وظاهر كلام المصنف أنه لا فرق في ذلك بين أن يمكن أن ينقضي الأجل قبل تمام العمل أم لا ، فأما إن كان محتملاً فقال التونسي وابن رشد : لا خلاف أن ذلك لا يجوز .

وقال في «البيان»^(٢) : واختلف إذا كان الإشكال في أن العمل يمكن إتمامه قبل انقضاء الأجل ، فالمشهور أنه لا يجوز وهو موافق لإطلاق المصنف .

(١) «الجواهر» (٥٩/٣) .

(٢) «البيان والتحصيل» (٤١١/٨) .

وقيل : يجوز ، وهو قول ابن القاسم في سماع عيسى ، وقول ابن حبيب ، وظاهر ما في «العتبية» دليل قوله في «المدونة» فيمن استأجر ثوراً على أن يطحن له كل يوم إردبين فوجده لا يطحن إلا إردباً ، أن له أن يرده ويعطي في الإردب ما ينوبه ولم تنفسخ الإجارة .

وقال اللخمي : إن لم يدر هل يفرغ العمل في تلك المدة لم يجز ، واختلف إذا كان الغالب أنه يعمل فيه فليل : ذلك جائز ، وقيل : لا يجوز .

وقال ابن عبد السلام : الذي قاله من أرضى من الشيوخ في تعيين المشهور فمنهم من عينه في المنع ومنهم من أشار إلى أنه الإباحة واحتج بمسألة الثور .

فرع :

فإن وقعت الإجارة على الوجه الفاسد فقال ابن القاسم : له إجارة المثل ولا ينظر إلى المسمى لأنه فاسد ، واختار اللخمي الصحة ، قال : لأن الغرض أن يسرع بالعمل تلك المدة وإن تأخر وخاطه بعد المدة نظر إلى خياطته على أن يسرع في ذلك الأجل وعلى أن يخطئه في الوقت الذي خاطه فيه فيحط من المسمى بقدره .

اللخمي : وإن يضرب أجلاً في أصل العقد ثم قال : عجله لي اليوم وأزيدك نصف درهم ، فقال ابن القاسم : لا بأس به ، ولم يره مثل الرسول يزداد لسرعة السير وقال محمد : لا بأس به في الرسول .

وَفِي التَّعْلِيمِ بِالزَّمَانِ أَوْ بِحَصْرِ مَا يُعَلَّمُ

وتضبط المنفعة في التعليم ، تعليم قرآن أو غيره بالزمان لكل شهر كذا أو بحصر ما يعلم كربع القرآن وقد تقدم أن هذا هو المشهور .

وفي «الجلاب»^(١) قول : إنه لا يجوز إلا على مدة معلومة .

ابن عبد السلام : ولا بد من اختبار حال المُعَلَّمِ إن كانت الإجارة على تعليمه جزءاً من القرآن أو مقدار الصنعة لسرعة الحاذق وبطء تعليم البليد .

وَيَلْزَمُ تَعْيِينَ الرُّضِيعِ وَالمُتَعَلِّمِ بِخِلَافِ غَنَمٍ وَنَحْوِهَا

يحتمل ويلزم تعيينها عند عقد الإجارة لاختلاف الصغير في الرضاعة وفي التعليم

(١) «التفريع» (١٤١/٢) .

بحسب الذكاء والبلادة وقد تقدم أن اللخمي قال : لو وصفوا سنه من غير اختبار رضاعة وصناعة جاز عقد الإجارة ، وعلى هذا الوجه لا يكون في كلامه التصريح بأن هذين الصبيين إذا ماتا لا يلزم أبأؤهما الخلف نعم يؤخذ منه بطريق اللزوم لأنه يلزم من التعيين الفسخ ويحتمل أن يريد بتعيينهما أنهما لو ماتا قبل انقضاء مدة الإجارة انفسخت الإجارة ولا يلزم أبأؤهما خلفهما بل نص الباجي على أنه لا يجوز العقد فيهما على مضمون وهذا هو المشهور عن سحنون أنه يلزم الأب خلف الرضيع وأجراه على القاعدة : أن ما تستوفى به المنفعة لا تنفسخ الإجارة بهلاكه .

والاحتمال الأول أولى ، لأنه أقرب إلى لفظه ؛ لأنه سيتكلم على الانفساخ فعورضت مسألة الرضيع هاهنا بما ذكره في «المدونة» في البيوع الفاسدة إذا باع أمة ولها ولد رضيع وشرط عليهم رضاعه ونفقته سنة ، قال : إن مات الصبي أرضعوا له آخر .

وفرق ابن يونس بأن مسألة البيع الغرر فيها تبع بخلاف الإجارة كقول مالك في بيع لبن شاة جزافاً فإنه لا يجوز ، وأجاز كراء ناقة شهراً واستثنى حلابها وأصل ذلك من بيع الثمرة قبل بدو صلاحها إذا انفردت وكان يغمز مسألة البيع وقال : لا يجوز هذا البيع إلا على وجه الضرورة لأن المبتاع ربما يحتاج إلى أن يظعن بها فيكلف الصبي المؤونة لا يدري قدرها وذلك غرر .

وقيل : إنما يجوز بيع هذه الأمة إذا كان الرضاع مضموناً على مشتري الأمة لا في هذا الصبي بعينه ، لأنه في هلاكه يسقط فلذلك يحتاج أن يكون مضموناً ليكون ما في «المدونة» ثابتاً في كل حال .

وأما الرضاع في غير الأمة فلا يجوز أيضاً لأن المشتري يصير غير قادر على التصرف فيها فيكون كمن اشتراها على ألا يبيعهها إلا إلى سنة .

ابن يونس : وقد يقال : عليّ بيعها ويشترط على المبتاع الرضاع أيضاً .

ولمالك في «العتبية»^(١) فيمن باع جارية وشرط أن ترضع ابناً له سنة : أنه لا خير فيه وقيل له : فإن اشترط أن يأتي بغيرها قال : لا يعجبني .

قوله : (بِخِلَافِ غَنَمٍ وَنَحْوِهَا) أي : فلا يلزم تعيينها ويلزم خلفها إن هلكت .

(١) «البيان والتحصيل» (٧/٣٦١) .

فَلَوْ عَيْنَهَا وَلَمْ يَشْتَرِطِ الْبَدَلَ فَمَيَّ تَعَيَّنَهَا قَوْلَانِ

ظاهره صحة العقد مع عدم شرط الخلف ، وإنما يختلف في تعيينها ففي التعيين لا يجب خلف الماشية إذا هلكت وعلى ضده العكس .

وقد ذكر اللخمي هذين القولين فقال : قيل : الأجرة جائزة ويخلف غيرها إن أصيبت ولا تتعين وقيل : جائزة وتتعين لثلا يتكلف رب الماشية البديل .

والقول الأول لأشهب وابن الماجشون وسحنون وأصبيغ وابن حبيب ومذهب «المدونة» خلاف القولين وهو أنه لا يصح العقد إلا باشتراط الخلف فإن لم يشترط الخلف فسد العقد وعلى هذا فكلام المصنف في هذه المسألة ليس بظاهر ، إما أولاً : فلتكره مذهب «المدونة» . وإما ثانياً : فلأن كلامه يوهم صحة العقد باتفاق ، وإنما الخلاف في تعيينها خاصة .

وفي المسألة قول رابع : يجوز العقد من غير اشتراط الخلف إن قرب الزمان لا إن بعد ؛ حكاه اللخمي واختار قولاً خامساً بالجواز فيما قرب ، بعد التحجير على رب الماشية في البيع .

تنبيه :

الأكثرين فهموا «المدونة» على ما ذكرنا ، ورجحوا قول ابن الماجشون ومن وافقه . وفهم الباجي أن المذهب على ما قاله ابن الماجشون وأن شرط الخلف الذي ذكره في «المدونة» إنما أراد به رفع اللبس عند العقد لأن العقد يفسد عند عدم الشرط وهو بعيد من لفظ «المدونة» لأن فيها^(١) : فإن كانت بأعيانها فلا تجوز الإجارة حتى يشترط أنه إن ماتت أو باعها أخلف غيرها .

وَتُحْمَلُ فِي الدَّهَانِ وَغَسَلِ الْخَرِقِ وَغَيْرِهِ عَلَى الْعُرْفِ ، وَقِيلَ : عَلَى الظُّرِّ

قوله : (وَتُحْمَلُ) : أي الظئر ويحتمل الإجارة هذا إن كان تحمل بالتاء المثناة من فوق وإن كان بالياء المثناة من تحت فيحتمل عوده على الأب وعلى العقد .

وقوله : (وغيره) يعني : تحميمه ودق ريحانه ونحو ذلك على العرف ، فإن اقتضى أنه على الظئر فعليها وإن اقتضى أنه على الأب فعليه هذا مذهب «المدونة» ولم يصرح فيها بالحكم إذا لم يكن عرف .

(١) «تهذيب المدونة» (٣/١٨٤) .

نعم ، نص ابن حبيب على أنه مع عدم العرف على الأب .

وقوله : (وَقِيلَ : عَلَى الظُّئْرِ) أي : مع عدم العرف ؛ لأن العرف محل اتفاق وهذا القول لابن عبد الحكم ولعل المصنف حمل «المدونة» على قول ابن حبيب ، فلهذا ذكر هذا القول مقابلاً له لأن كلامه يوهم أن هذا القول مخالف مع ثبوت العرف .

و(الدَّهَانُ) بفتح الدال مصدر ؛ أي : فعل الدهان ؛ لأنه محل للقولين ، وهكذا ضبط عياض «دهنه» الواقع بفتح الدال ؛ لأنه إنما أراد هنا الفعل ، يعني : وأما «الدَّهَانُ» بالكسر فهو اسم لما يُدَّهَنُ به ، نص عليه الجوهري (١) ، وهو على الأب باتفاق .

ابن عبد الحكم : فأما ما ترقد فيه الظئر من لحاف وفراش فذلك على ما تعارفه الناس فإن لم يكن عرف فذلك عليها ويكون على الأب لحاف الصبي ودثاره وما يرقد فيه .

وَتَعِينُ الدَّارُ وَالْحَانُوتُ وَالْحَمَّامُ وَشَبِيهُهُ

لما تكلم على استئجار الأدمي شرع في ذكر العقار ولا بد من تعيينه ولا يصح أن يكون في الذمة إذ لا بد من ذكر موضعه وحدوده وهذا بخلاف الدواب والسفن فإن الإجارة تكون فيها معينة وفي الذمة وسيأتي الكلام على الدواب .

وَتَقْيِدُ بِمُدَّةٍ تَبْقَى فِيهَا غَالِباً وَيَنْقُدُ إِنْ كَانَ لَا يَتَغَيَّرُ غَالِباً

يعني : في تقيد مدة الإجارة في العقار بمدة تبقى فيها العقار غالباً ، فالأرض آمن من الديار وكذلك الجديد آمن من القديم والضابط في الجميع ما ذكره المصنف .

المتيطي : الذي جرى به العمل من الحكم كراء الرباع لعشر سنين وخمسة عشر وعشرين وأزيد ولا بأس بتعجيل الوجيبة كلها ، ومذهب ابن حبيب أن الكراء في الرباع جائز إلى سنين كالبيع وإن بعد فلا بأس به دون النقد .

قوله : (وَيَنْقُدُ... إلخ) ظاهر التصور ، لكنه مقيد بما إذا كانت ملكاً للمكري أو ملك منافعها حياته ، ففي «النوادر» (٢) عن مالك : لا بأس أن يكرها مدة قريبة وينتقد ولا يكرها كثيراً .

ابن القاسم : والقليل السنة ونحوها .

(١) «الصحاح» (٢١٦/١) .

(٢) «النوادر والزيادات» (٤٧/٧) .

وقال ابن ميسر : لو أكرها ثلاث سنين أو أربعاً لم أر به بأساً .

ابن يونس : وأما إن لم ينقد فجائز ، لأنه كلما عمل أخذ بحسابه وذكر ذلك في العبد ولا فرق ، وصرح بذلك المتيطي في الدور .

وَلَوْ لَمْ يُسَمَّ لِكُلِّ سَنَةٍ جَازَ كَالْأَشْهُرِ مِنَ السَّنَةِ

يعني : ويجوز عقد الكراء على سنين بكذا وإن لم يسم لكل سنة شيئاً ، كما يجوز أن يستأجر منه سنة بكذا وإن لم يعين لكل شهر شيئاً وكان المقصود من شهور السنة : بعضها ، كما أشار إليه في «المدونة»^(١) في دور مكة ويرجع إلى التقويم عند حصول مانع كما يجوز جمع سلع مختلفة في البيع .

وقوله : (جَازَ) يفهم منه أيضاً الجواز مع التسمية من باب أولى ، فهو مفهوم موافقة .

فرع :

ثم إن شرط الرجوع - إن طرأ مانع - إلى القيمة دون التسمية لحل اتفاقاً وإن شرط الرجوع بالتسمية امتنع اتفاقاً وإن دخلا على المكث فمذهب ابن القاسم وروايته في «المدونة» أن التسمية لغو ويقتضي بالقيمة وهو قول سحنون وأصبغ ومالك في «العتبية» أن الكراء فاسد وذكر ذلك في «البيان»^(٢) .

وزعم ابن عبد السلام أن في كلام المصنف ما يوهم أنهما إذا سميا لزمته التسمية عند استحقاق ورداً بأنه ليس مفهوم موافقة ولا مخالفة .

أَوْ تَقْيِيدُ كُلِّ شَهْرٍ أَوْ سَنَةٍ بِكَذَا فَتَصِحُّ وَلَا يَلْزَمُ ، وَقِيلَ : يَلْزَمُ فِي الْمَذْكُورِ

لما قدم الكلام على كراء الوجيبة شرع في الكلام على كراء المسابقة والمشاهرة ، قوله : (أَوْ تَقْيِيدُ) معطوف على قوله : (وَتَقْيِيدُ بِمُدَّةٍ) .

قوله : (فَتَصِحُّ) أي الإجارة ولا يلزم كل واحد من المتعاقدين في المذكور سواء سكن بعضه أم لا ، وهذا مذهب ابن القاسم ، وروي عن مالك في «المدونة» .

وروي مطرف وابن الماجشون : أنه يلزمه أقل ما سميا ، فإن قالوا : كل شهر بكذا لزم في شهر ، وإن قالوا : كل سنة بكذا لزم في السنة .

(١) «المدونة» (١١/٥٢٧) .

(٢) «البيان والتحصيل» (٩/١٩) .

وبه قال ابن حبيب واختاره اللخمي ، قال : لأنهما أوجبا بينهما عقداً ولم يجعلاه في خياراً ، فوجب أن يحملا على أقل ما تقتضي التسمية .
 واختار ابن يونس المشهور قال : لأنه كأنه قال : أكريتك من حساب الشهر والسنة بكذا .

وفي المسألة قول ثالث : لا يلزمه شيء كالقول الأول حتى يشرع في السكنى فيلزمه أقل ما سميا كالقول الثاني وهو أيضاً مروى عن مالك .
 ولكراء الوجية ألفاظ :

الأول : أن يقول : أكريتك هذه الدار أو الحانوت شهر كذا أو سنة كذا .

والثاني : أن يقول : أكريتك ؛ هذا الشهر وهذه السنة .

والثالث : أن يسمي العدد فيما زاد على الواحد فيقول سنتين أو ثلاثاً .

والرابع : أن يقول : أكري منك إلى وقت كذا واختلف إذا قال : أكري منك سنة بكذا

أو شهراً بدرهم .

فحمل أكثرهم كابن لبابة وغيره «المدونة» على أنه وجيبة وذهب أبو محمد إلى حمل

«المدونة» على أنه غير لازم ، كما إذا قال : أكرتي كل سنة بكذا أو السنة بكذا .

ابن سهل : ورأيت في حاشية كتاب بعض شيوخنا : إن قال : أكريتك السنة بكذا -

بالنصب - لزمته السنة ، وإن قال : أكريتك السنة بكذا - بالرفع - كان مثل قوله : أكريك

كل سنة بكذا على رواية ابن القاسم قال : وهذا إن شاء الله حسن .

ابن رشد^(١) : ولا وجه لاستحسانه عندي ، لأنه لما نصب احتمل لزوم السنة واحتمل

بحسابه السنة فيجب الحمل على عدم اللزوم ، لأن الأصل براءة الذمة فأما إذا رفع فلا

إشكال ولم يتكلم عليه ابن القاسم .

فَلَوْ نَقَدَهُ مَبْلَغًا لَزِمَتْ فِيمَا يُقَابِلُهُ اتِّفَاقًا

هكذا حكى اللخمي الاتفاق أيضاً وعلى هذا فلو قال : كل شهر بكذا ونقد كراء كل

شهر لزمه في النصف ثم على المشهور لزمه أن ينحلا عن الكراء وعلى قول عبد الملك

يلزمه النصف الآخر .

(١) «البيان والتحصيل» (٩/٢٠) .

فَإِذَا لَمْ يُعَيَّنْ ابْتِدَاءَ الْمُدَّةِ حُمِلَ مِنْ يَوْمِ الْعَقْدِ

يعني إذا قال : أكثر شهراً أو سنة ولم يبين أولها حمل على أن ذلك أولها من حين العقد لأنه لو لم يحمل على ذلك لزم فساد العقد لأن الكراء لا يجوز على غير سنة معينة وإذا وقع العقد على شهر فإن كان في أوله لزمهما الكراء في ذلك الشهر على ما كان من نقص أو تمام وإن كان ذلك في بعض شهر لزمهما الكراء في ثلاثين يوماً من يوم عقده ، وكذلك السنة إن كان في أول شهر فائتي عشر شهراً بالأهلة .

مالك في أكرية الدور من «المدونة»^(١) : وإن وقع بعد أن مضى من الشهر عشرة أيام حسبا أحد عشر بالأهلة وشهراً على ثلاثين يوماً كالعدة والأيمان ولا يقع الكراء على ما بقي من السنة إذا قال : أكرى منك هذه السنة إلا ببيان .

قال في «المقدمات»^(٢) : بين ذلك رواية عيسى عن ابن القاسم في كتاب الصيام فيمن قال : لله علي صيام هذه السنة لسنة ست وثمانين وقد مضى بعضها أن عليه صيام اثني عشر شهراً وكذلك روايته عنه في كتاب الأيمان في من قال لامرأته : أنت طالق إن فعلت كذا هذه السنة أنه إن كان نوى ما بقي فله نيته ، وإن لم ينو شيئاً استقبل اثني عشر شهراً . قال في «المدونة»^(٣) : ومن اكرى داراً سنة أو سنتين ولم يسم متى يسكن جاز ، ويسكن أو يسكن غيره ما لم يأت من ذلك ضرر بين على الدار . ابن يونس : يريد ضرراً في السكنى .

ابن عبد السلام : ويحتمل عندي خلاف ما نص عليه مالك في «المختصر» : إن غلقها المكري وخرج فذلك له وليس لصاحبها أن يقول تخربها علي .

وَلَوْ لَمْ يُعَيَّنْ فِي الْأَرْضِ بِنَاءً وَلَا زِرَاعَةً وَلَا غَرْسًا وَلَا غَيْرَهُ وَبَعْضُهُ أُضْرَ فَلَهُ مَا يُشْبِهُهُ
فَإِنْ أَشْبَهَ الْجَمِيعُ فَسَدَ ...

سكت عن التعيين لظهور الحكم فيه ووقع في بعض النسخ بعد قوله : (وَلَا غَيْرَهُ)

(١) « تهذيب المدونة » (١٧٦/٣) .

(٢) « المقدمات » (٤٦٨/١) .

(٣) « تهذيب المدونة » (١٧٦/٣) .

(وَلَا خَيْرَهُ) وهو يقتضي : أنه لو خيره جاز ونحوه في «الجواهر»، فإنه قال : ولو قال : انتفع بالأرض كيف شئت ، جاز وتردد فيه التونسي قال : انظر لو رضي رب الأرض بذلك هل يجوز إذا كان الأمران مختلفين أو لا يجوز ؟ كمن اکتري إلى طريق فأراد أن ينتقل إلى ما يخالفها .

وقوله : (وَبَعْضُهُ أضرُّ) : جملة حالية .

(فَلَهُ مَا يُشْبَهُ) أي ما دل العرف عليه (فَإِنْ أَشْبَهَ الْجَمِيعُ) أما إن كان العرف يقتضي الجميع أو لم يكن هناك عرف (فَسَدَّ) أي : العقد وهذا أشبه بمذهب غير ابن القاسم في «المدونة»^(١) قال في أكرية الدور : وإذا كانت الأعمال يتفاوت ضررها وأكريتها لم يجز كراؤها إلا على شيء معروف يعمل فيه وإن لم يختلف فلا بأس وهو مخالف لظاهر مذهب ابن القاسم فيها ، قال : ومن اکتري داراً فله أن يدخل متى شاء فيها من الدواب والأمتعة وينصب فيها الحدادين والقصارين والأرحية ما لم يكن ضرراً فيمتنع .

ولم يقل يفسد العقد وقال في الأرضين : من اکتري أرضاً ليزرعها عشر سنين فأراد أن يغرس فيها شجراً ، فإن كان ذلك أضر بها منع ، وإلا فله ذلك .

وفي اللخمي : أجاز - يعني ابن القاسم - كراء الحوانيت والديار على الإطلاق من غير مراعاة لصنعة مكثري الحوانيت ولا لعيال من يسكن الدار ، وعلى قول غيره لا يجوز إلا بعد المعرفة بذلك ، وصرح بأن قول الغير خلافٌ .

وقال ابن القاسم : والدواب ؛ يريد إلا أن يكون العرف جارياً بعدم دخول الدواب الدور ، وقاله بعضهم .

وَلَوْ سَمِيَ صِنْفًا يَزْرَعُهُ جَازَ مِثْلُهُ وَدُونَهُ

يعني : ولا يجوز أن يزرع ما هو أضر ، وتصور كلامه ظاهر .

وفي «الموازية» : من اکتري أرضاً على ألا يزرع فيها إلا قطناً لم يجز ، فإن نزل فعلية قيمة الكراء .

وقال محمد : ذلك جائز عندي .

(١) « تهذيب المدونة » (٣/١٧٧) .

وَلَا يَلْزَمُ تَعْرِيفُ قَدْرِ الْبِنَاءِ وَصِفَتِهِ بِخِلَافِ الْبِنَاءِ عَلَى الْجِدَارِ

وإذا اكرتري أرضاً لبني فيها لم يلزمه أن يذكر قدر البناء ؛ لأن الأرض لا ضرر عليها في بقاء البناء بخلاف الجدار إذا أكره لبني عليه .

وَفِي الدَّوَابِّ لِلرُّكُوبِ بَتَّعِينِهَا ، وَفِي الدِّمَّةِ بَتِّيْنِ الْجِنْسِ وَالنَّوْعِ وَالذُّكُورَةِ وَالْأُنْثَى

لما فرغ من كراء العقار شرع في كراء الدواب ؛ وكراؤها لأربعة أوجه : للركوب ، وللحمل ، وللحراثة ، وللاستسقاء .

فأما الركوب فهو على وجهين :

أحدهما : أن يقول : أكرتتك هذه الدابة .

والثاني : أن يكري منه دابة في ذمته .

وقوله : (بَتِّيْنِ) يتعلق بالذمة ، وإنما اشترط ذكر الجنس والنوع والذكورة والأنوثة

لاختلاف الأغراض والمنافع في ذلك .

وظاهر كلامه الاكتفاء بالتعيين في الوجه الأول ، وينبغي أن يختبرها الراكب لينظر

سيرها في سرعته وبطئه ، فَرُبَّ دَابَّةٍ كَمَا قَالَ مَالِكٌ : المشي خير من ركوبها .

محمد : وإن وقع الكراء على الإطلاق حمل على المضمون حتى يدل دليل على

التعيين .

قال : ولو اكرتري منه أن يحمله إلى بلد كذا على دابة أو سفينة قد أحضرها ولم يعلم

له غيرها ، ولم يقل تحملني على دابتك هذه أو سفينتك ، فهلكت بعد أن ركب فعلى

المكري أن يأتيه بدابة أو سفينة غيرها وهو مضمون حتى يشترط أنه أكرى منه هذه بعينها .

محمد : ويكون نصف السفينة أو ربعها كشرط التعيين .

وَلَا يَتَّعِينُ الرَّأَكِبُ ، وَلَوْ عَيْنَ لَمْ يَلْزَمْ تَعْيِينُهُ ، وَجَعَلَ مِثْلَهُ فَادْنَى ، وَأَسْتَثْقَلَهُ مَالِكٌ فِي

الدَّابَّةِ خَاصَّةً إِلَّا أَنْ يَمُوتَ أَوْ يَبْدُو لَهُ ...

هكذا وقع في بعض النسخ على أنه ابتداء مسألة ، وفي بعضها (وَلَا يَتَّعِينُ الرَّأَكِبُ)

عظماً على قوله : (وَفِي الدَّوَابِّ لِلرُّكُوبِ بَتَّعِينِهَا ، لَا بَتِّيْنِ الرَّأَكِبِ ، بَلْ لَوْ عَيْنَ لَمْ يَلْزَمْهُ

تَعْيِينُهُ) ولهذا لو مات الراكب لم تنسخ الإجارة ؛ لأن به تستوفى المنفعة .

قوله : (وَجَعَلَ مِثْلَهُ) وفي بعض النسخ : (وَحَمَلَ) ، وكل منهما يحتمل أن يكون مبيئاً للفاعل على تقديره (وَجَعَلَ) الراكب المعين (مِثْلَهُ فَأَدْنَى) ويحتمل أن يبنى للمفعول ، وهذا لمالك في كتاب الرواحل والكراء .

قال : وأكثر قول مالك له في حياته أن يكرهها من مثله في حاله أو أمانته وخفته .
وقوله : (وَأَسْتَقْلَهُ) أي : واستثقل مالك رحمه الله حمل المثل على الدواب خاصة ، وهو قوله في الجعل والإجارة .

قال : وكره مالك لمكتري الدابة لركوبه كراؤها من غيره وإن كان أخف منه أو مثله ، فإن أكرها لم أفسخه ، وإن تلف لم يضمن إذا أكرها فيما اكرها فيه من مثله وحالته وأمانته وخفته .

وعلى هذا فيحتمل أن يكون المصنف ذكر قول مالك ، ويحتمل أن يكون إنما ذكر قولاً واحداً ويكون قوله : (وَجَعَلَ مِثْلَهُ فَأَدْنَى) مقيداً بعد : (وَأَسْتَقْلَهُ مَالِكٌ) .

وقوله : (فِي الدَّابَّةِ خَاصَّةً) أي : للركوب ؛ أي : وأما غير الدابة أو في الدابة لغير الركوب فلم يستثقله .

محمد : ولم يختلف من أدركت من العلماء في إجازته في الكراء في الدور والسفن والمتاع والصناعات في مثل ما اكرى ، وقد استثقله مالك في الركوب إلا أن يقيم أو يموت ولم يختلف قوله في الإحمال .

قوله : (إِلَّا أَنْ يَمُوتَ أَوْ يَبْدُو لَهُ) هو كما حكيناه عن «الموازية» .

قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ : وَالثَّوبُ لِلْبَسِّ مِثْلُهُ

أي : مثل الركوب ، ونسبه لابن القاسم لأنه هو الذي قاله في «المدونة»^(١) .

قال بعد أن ذكر مالك الحكم في الدواب وكذلك الثياب في الحياة والممات : وظاهره أنه لا يضمن في الثوب إذا أكره من مثله كالدابة .

والذي في «المدونة» عن ابن القاسم أنه يضمن إذا هلك بيد الغير لاختلاف الناس في اللبس ولا يضمن إن هلك بيده .

لكن قال سحنون : هذا حرف سوء فلا يضمن .

قال : ومسألة الفسطاط هي الأصل ، وهي قول ابن القاسم : وإن اكرت فسطاطاً إلى مكة فأكرتته من مثلك في حالك وأمانتك ، وصنيعه فيه مثل صنيعك ، وحاجتك إليه مثل حاجته جاز ، وقد يقال : في استدلال سحنون نظر ؛ لأن الاختلاف في اللبس أكثر من الاختلاف في الفسطاط .

وَيَعِينُ الْمَحْمَلُ أَوْ يُوصَفُ وَالْمَعَالِقُ مِثْلُهَا فَإِنْ كَانَتْ عَادَةً لَمْ يُحْتَجَّ فِي الْجَمِيعِ

إذا أكرى ليركب في محمل فلا بد من تعيينه أو وصفه بما لا يختلف ، فإنه مما يختلف بالكبر والصغر .

و (الْمَحْمَلُ) بفتح الميم وسكون الحاء وكسر الميم الثانية .

الجوهري^(١) : واحد المحامل وهي الأوعية ، وأما (المحمل) بكسر الميم الأولى وفتح الثانية فهو علاقة السيف .

وقوله : (وَالْمَعَالِقُ مِثْلُهَا) أي : فلا بد من وصفها وتعيينها .

(وَالْمَعَالِقُ) ما يزيده المكتري على حمل الدابة .

فإن قيل : في «المدونة»^(٢) : وقد عرفت للحاج زيادة من السفر والأطعمة لا ينظر فيها المكاري ولا يعرف ما حمل فلا ضمان عليه في ذلك .

وظاهره أنه لا يحتاج إلى تعيينها ولا إلى وصفها خلاف ما قاله المصنف ، فالجواب أنه قد عرفت فصار هذا مدخولاً عليه بالعرف ، فدخل تحت قول المصنف : فإن كانت عادة لم يحتج في الجميع إلا في المحمل والمعاليق .

قال في «المدونة»^(٣) : وإن أكرت دابة بعينها ، فليس لربها أن يحمل تحتك متاعاً ولا يردف رديفاً ، وكأنك ملكت ظهرها وإن جعل في متاعك على الدابة متاعاً بكرة أو بغير كراء فلك كراؤها إلا أن تكون أكرت منه على حمل أرتال مسماة كالزيادة له .

أشهب : وإن أكره ليحملة وحده أو مع متاعه فكراء الزيادة للمكتري ولو كان المكتري منعه من الزيادة عليها إذا أكره دابة .

قيل : وقول أشهب وفاق .

(١) «الصحاح» (١/١٤٧) .

(٢) «تهذيب المدونة» (٣/١٦١) .

(٣) «المدونة» (١١/٤٦٥) .

وَأَمَّا السَّيْرُ وَالْمَنَازِلُ فَالْعُرْفُ كَافٌ

أي : في تفصيل السير ومقداره في الليل والنهار ، وهو ظاهر ، ثم أخذ يتكلم على الوجه الثاني :

وَالْحَمْلُ بِرُؤْيَةِ الْمَحْمُولِ أَوْ بِكَيْلِهِ أَوْ وَزْنِهِ أَوْ عَدَدِهِ فِيمَا لَا تَفَاوُتَ فِيهِ

(وَالْحَمْلُ) : مجرور معطوف على (الرُّكُوبِ) أي : وفي إجارة الدواب للحمل ، (وَالْحَمْلُ) بالفتح مصدر حمل .

ابن السكيت : وهو بفتح الحاء لما كان في بطن أو شجر ، وبالكسر لما كان على ظهر أو رأس .

وقوله : (بِرُؤْيَةِ... إلخ) هو ظاهر ، ولم يتعرض المصنف للجنس ولا بد من بيانه ، واستغنى المصنف عن اشتراطه ؛ لأن رؤية المحمول تغني عنه ؛ ولأن قوله : فيما لا تفاوت فيه يؤخذ منه اشتراط ذكر الجنس .

قال في «المدونة»^(١) : ومن اكرى دابة ولم يسم ما يحمل عليها لم يجز إلا من قوم قد عرف حملهم .

وقال غيره : لو سمي حمل الطعام أو بر أو عطر جاز ، وحملها قدر حمل مثلها ، ولو قال : أحمل عليها حمل مثلها ما شئت ؛ لم يجز لاختلاف الأشياء في الحمل .

عياض : واختلف الشيوخ فحمل بعض القرويين قول الغير على الخلاف وأن معنى قوله : «قد عرف حملهم» أي : قدره ، وحمله الأندلسيون على الوفاق ؛ أي : عرفوا نوع ما يحملون من التجارة فلا يضرهم جهل مقداره ، وإليه ذهب فضل ، وهو ظاهر الكتاب أنه متى كان الجنس عرف لا تبال عن التقدير وحملت الدابة حمل مثلها .

فحاصله أن القرويين يقولون : لا يجوز على قول ابن القاسم ولو سمي الجنس حتى يكون القدر معروفاً إما نصاً أو عرفاً .

والأندلسيون يقولون : إنما لم يجز لكونه لم يسم الجنس ، ولو سمي الجنس لجاز ، ويصرف القدر على الاجتهاد .

ومن حملة على الخلاف للخمى ، فإنه قال : إن سمي القدر دون الجنس لم يجز ،

(١) «تهذيب المدونة» (٣/١٥٨) .

فقد يتفق الجنس ويختلف الكراء لاختلاف المضرة ، وكراء الكتان والرصاص مختلف وإن استوى الوزن ، واختلف إذا سمي الجنس دون القدر ، فمنعه ابن القاسم ، وأجازه غيره فيحمل عليها حمل مثلها ؛ والأول أحسن ، وليس كل واحد من المكترين يعرف قدر ما تحمل دابة غيره .

وَلَا تُوصَفُ الدَّابَّةُ إِلَّا مِثْلَ زُجَاجٍ وَنَحْوِهِ

يعني : أن الدابة في الحمل لا يحتاج إلى وصفها لعدم اختلاف الأغراض في ذلك إلا أن يكون مما يفسد - أي : المحمول - بسقوط الدابة كالزجاج والدهن ونحوه كالفخار ؛ فيحتاج إلى تعيينها ووصفها لتعلق الأغراض بذلك ، ثم انتقل المصنف إلى الوجه الثالث ، وهو الحرث فقال :

وَلِلْحِرَاةِ بَتَعْرِيفِ صَلَابَتِهَا وَبُعْدِهَا

الضمير في (صَلَابَتِهَا وَبُعْدِهَا) عائد على الأرض المفهومة من الكلام ، واستغنى المصنف بالضد عن الضد الآخر ، وتقدير كلامه : بتعريف صلابة الأرض ورخوها وقرب الأرض وبعدها .

ودل قوله (وَبُعْدِهَا) على جواز الكراء في أرض غائبة على الصفة كالبيع ، وقد نص عليه في «المدونة» في الدار ولا فرق .

تنبیه :

لم يتكلم المصنف على الوجه الرابع وهو إجارة الدواب للسقي .

قال في «الجواهر»^(١) : ولا بد من معرفة قدر الدلاء والعدد وموضع البئر وبعد الرشاء إذا كان مبايناً للمتعارف فيها^(٢) مباينة بينة إلا أن يكون جميع ذلك أو بعضه معلوماً بالعرف [فيكتفى به]^(٣) .

(١) «الجواهر (٣/٦٤) .

(٢) في ط : للمعارف .

(٣) في الجواهر : فيجتزأ به .

وَعَلَى مُكْرِي الدَّابَّةِ الْبَرْدَعَةَ وَشِبْهَهَا وَالْإِعَانَةَ فِي الرُّكُوبِ وَالنُّزُولِ وَرَفْعِ الْحِمْلِ ،
وَحَطَّهَا بِالْعُرْفِ ...

(الْبَرْدَعَةُ) - بالذال المعجمة - وشبهها السرج والحزام واللجام ونحو ذلك ، ومفهوم
قوله : (بِالْعُرْفِ) أنه لو لم يكن عرفاً فإن ذلك على المكثري .

وهكذا نقل ابن عبد السلام عن بعض الشيوخ لكن مفهوم «المدونة» خلافه ، ففيها (١) :
ولا بأس أن تكتري من رجال إبلاً على أن عليك رحلتها ، وظاهره لولا الشرط لكان ذلك
على رب البعير .

وَإِذَا فَنِيَ الطَّعَامُ الْمَحْمُولُ رُجِعَ فِي بَدَلِهِ إِلَى الْعُرْفِ

يعني : إذا أكرى على حمل وزن معلوم أو كسيل من طعام فكان يأكل منه ويعلف فأراد
بدل ما نقص وأشكل الحال رجع إلى العرف .

وهكذا قال ابن القاسم في «المدونة» (٢) ، وسكت عن الحكم إذا لم يكن عرفاً .

وقال غيره : فإن لم تكن لهم سنة فلهم حمل الوزن الأول إلى غاية الكراء ، وعكس
هذا إذا اكرى منه على حمل خمسمائة رطل فحملها وأصابها مطر فزاد وزنها .

قال سحنون : فكأنه ليس هو بعينه ، فلا يلزم إلا حمل خمسمائة رطل ، فإن نقل منه
حتى صار إلى الوزن الأول لزمه وإلا فلا .

وَيُوقَرُّ الْمُسْتَأْجِرُ عَلَى الْعُرْفِ كَنْزِعِ الثَّوْبِ لَيْلًا وَفِي الْقَائِلَةِ

يعني : وإن كان اللفظ يقتضي خلافه ؛ لأن استئجار الثوب شهراً يقتضي بحسب الظاهر
استغراق جميع الشهر لكن ترك ذلك للعرف ، وكذلك الطيلسان ، وينبغي أن يترك لباسه
داخل المنزل .

قال ابن عات : قال بعض الشيوخ : الفتوى إذا اكرى دواباً على حمل متاع وبالطريق
نهر لا يجاز إلا بالركب وقد عرف ذلك كالنيل فأجرة المتاع على ربه وأجرة الدواب على
رهبها ، وإن كان يخاض بالمخاض فاعترضه حملان لم يعلموا به فحمل المتاع على صاحب

(١) « تهذيب المدونة » (٣/١٥٧) .

(٢) « المدونة » (١١/٤٦٧) .

الدواب وتلك جائحة نزلت به وكذلك إن كان النهر شتوياً يحمل بالأمطار إلا أن يكون وقت الكراء قد علموا جريه فيكون كالنهر الدائم .

وَلَيْسَ الْخَيْطُ عَلَى الْأَجِيرِ مَا لَمْ يَكُنْ عُرْفٌ

أي : بل على رب الثوب إلا أن يكون العرف أن ذلك على الأجير ، وهكذا قال ابن شاس ، وفي بعض النسخ : (وَالْخَيْطُ عَلَى الْأَجِيرِ) أي : الخياط ، والجاري عندنا بمصر أن الخيط من الخياط ، ولا يطالب رب الثوب أصلاً إلا أن يكون جرى فإنه تختلف فيه العادة ، فقد يطلبه وقد لا يطلبه ، نعم إذا أطلق عقد الإجارة حمل على أنه على الخياط . قال في «المدونة»^(١) : ومن واجرته على بناء دار فالأداة والفؤوس والقفاف والدلاء والماء على ما تعارف الناس أنه عليه ، وكذلك حيطان التراب على حافر القبر ونقش الرحا على ربه .

وَالْأَسْتِرْضَاعُ لَا يَسْتَتَبِعُ الْحَضَانَةَ وَلَا الْعَكْسَ

نحوه في «الجواهر»^(٢) وهو ظاهر ، وقوله : (وَالْعَكْسُ) أي : والاستئجار على الحضانة لا يستلزم الإرضاع ؛ لأن لكل واحد منهما حقيقة مغايرة للآخر ، فإن عقد عليهما معاً فانقطع اللبن جرى ذلك على مسائل الاستحقاق فإن كان اللبن وجه الصفقة فسخ الجميع .

وَإِذَا كَانَ بِالدَّارِ وَشِبْهَهَا مَا يَضُرُّ كَالْهَظْلِ وَشِبْهَهُ لَمْ يُجْبَرِ الْمَالِكُ ، وَخَيْرَ الْمُسْتَأْجِرِ ، وَقِيلَ : يُجْبَرُ ، وَقِيلَ : إِنْ كَانَ لَا يَصْلُحُ لِلسُّكْنَى إِلَّا بِإِزَالَتِهِ أُجْبِرَ ...

شبه الدار الحانوت والحمام ، (مَا يَضُرُّ) مما هو في حيز القليل (كَالْهَظْلِ) بسكون الطاء ؛ وهو تتابع المطر قاله الجوهري^(٣) .

وشبهه : أي كالصدع وضعف الأساس والهدم اليسير ، و (لَمْ يُجْبَرِ) أي : المالك على الإصلاح ، وهذا قول ابن القاسم ، (وَخَيْرَ الْمُسْتَأْجِرِ) بين أن يسكن بجميع الكراء أو يخرج .

(١) «تهذيب المدونة» (٣/١٣١) .

(٢) «الجواهر» (٣/٦٤) .

(٣) «الصحاح» (٢/٢٥٢) .

قوله : (وَقِيلَ : يُجْبَرُ) هذا لغير ابن القاسم في «المدونة» .

ابن عبد السلام : والعمل عليه في زماننا .

وقوله : (قِيلَ : إِنْ كَانَتْ لَا تَصْلُحُ لِسُكْنِي ... إِلَى آخِرِهِ) وهو خلاف فرض المسألة ؛

لأن الكلام في الهطل وشبهه ، لكن المصنف قد تكلم على ما هو أعم من فرض المسألة .

قال صاحب «المقدمات»^(١) : والهدم في الدار على قسمين : يسير وكثير ، فاليسير على

ثلاثة أوجه .

الأول : لا مضرة فيه على الساكن ولا ينقص من كراء الدار شيئاً كالشرفات ونحوها ،

فالاتفاق على أن الكراء لازم ولا يحط عن المكتري منه شيء .

الثاني : أن يكون لا مضرة فيه على الساكن ، إلا أن ينقص من قيمة كراء الدار فهذا

يلزمه السكنى ويحط عنه ما نقص من قيمة الكراء إن لم يصلحه رب الدار ولا يلزمه

إصلاحه ، فإن سكت وسكن لم يكن له شيء .

الثالث : أن تكون مضرة على الساكن من غير أن يبطل من منافع الدار شيئاً كالهطل

وشبهه ، فهذا فيه قولان ، فذكر القولين على نحو ما قدمناه ، وعلى هذا فكلام المصنف

خاص بهذا الحكم الثالث ؛ لأن الحكم في الأولين على خلاف ما ذكره .

وذكر اللخمي أنه إذا كان ذهاب الشرفات ينقص من جمال الدار ، أنه ينقص من الكراء

بقدر ذلك .

قال في «المقدمات»^(٢) : وإن كان الهدم كثيراً لم يلزم رب الدار إصلاح بإجماع ، وهو

أيضاً على ثلاثة أوجه :

الأول : أن يعيب السكنى وينقص من قيمة الكراء ولا يبطل شيئاً من المنافع ؛ مثل أن

تكون الدار مبلطة مجصصة ، فيبطل تبليطها وتجسيصها فيكون المكتري بالخيار بين السكنى

بجميع الكراء أو يخرج إلا أن يصلح ذلك رب الدار ، فإن سكت وسكن لزمه جميع

الكراء على مذهب «المدونة» ، بخلاف [مذهبه في]^(٣) [رواية عيسى [عنه]^(٤)] ، وقد قيل :

إن الحكم في هذا الوجه كالبيت ينهدم من الدار وهو بعيد .

(١) « المقدمات » (١/ ٤٧٠) .

(٢) « المقدمات » (١/ ٤٧١) .

(٣) سقط من ط .

(٤) سقط من ط .

والثاني: [أن يبطل اليسير من منافع الدار كالبيت ينهدم]^(١) من بيوتها ، فهذا يلزمه السكنى ويسقط عنه ما ناب [البيت]^(٢) المنهدم .

والثالث: أن يبطل أكثر منافع الدار أو منفعة البيت هي وجهها ويكشفها بانهدام حائطها، وما أشبه ذلك ، فهذا يخير المكتري بين السكنى والخروج ، فإن أراد أن يسكن على أن يحط من الكراء ما ينوب المنهدم لم يكن له ذلك إلا برضا ربها ، فإن رضي بذلك جرى على جمع الرجلين سلعتيهما في البيع ، وإن بنى المكري الدار قبل أن يخرج المكتري منها لزمه الكراء ، ولم يكن له أن يخرج ، وإن بناها بعد أن خرج لم يكن له الرجوع إليها إلا أن يشاء ، وإن سكت وسكن الدار مهدومة لزمه جميع الكراء على مذهب ابن القاسم في «المدونة» خلاف رواية عيسى عنه في «العتبية» .

فَلَوْ قَالَ الْمَالِكُ: أَصْلِحْ، وَكَانَ عَلَى الْمُسْتَأْجِرِ ضَرَرٌ بِطُولِ الْمُدَّةِ أَوْ لَا يَحْتَمِلُ مِنَ الضَّرَرِ خَيْرًا أَيضًا ...

فإن طلب رب الدار الإصلاح والتماضي على عقد الكراء وكان على المكتري ضرر في ذلك إما بسبب طول المدة وإما لكثرة ما انهدم كالتكشيف على أهله ، فإن ذلك لا يسقط حق المكتري فيما وجب له من الكراء ، بل يجبر ، كما إذا قال المالك : أنا لا أصلح ، وهو معنى قوله : (خَيْرٌ أَيضًا) .

وَلَوْ فَسَدَ الزَّرْعُ بِجَائِحَةٍ فَالْأَجْرَةُ لَازِمَةٌ

يعني: لو فسد الزرع ببرد أو طير أو جراد أو غير ذلك من الجوائح لزم المكتري جميع الكراء ؛ لأنه قد تسلم جميع المنفعة ، وذلك بمنزلة ما لو غصبه غاصب .

فَلَوْ كَانَ لِكثْرَةِ دُودِهَا أَوْ فَأْرَهَا أَوْ عَطَشِهَا سَقَطَ الْكِرَاءُ

أي: فلو كان فساد الزرع من جهة الأرض إما لكثرة دودها أو فأرها أو عطشها سقط الكراء عن المكتري ، وألحقوا العطش بالموانع الأرضية وكذلك الغرق إذا تهادى حتى خرج وقت الزراعة ، أما إن حدث بعد إبانها أو انقطع قبل الإبان فالكراء لازم ، وفي معنى فساد الزرع بسبب العطش أن يحصل ما لا بال له ، واختلف في تحديد هذا القليل ، فقيل : خمسة فدادين أو ستة من مائة .

(١) في ط : أن ينهدم بيت .

(٢) سقط من ط .

وقيل : قدر الذريعة مرة ، وقيل : قدرها مرتين .

وقيل : ينظر إلى الإصابة المتوسطة فما نقص عنها سقط من الكراء بنسبته .

وَلَوْ انْقَضَتِ الْمُدَّةُ وَالزَّرْعُ بَاقٍ ، وَالْأَمَدُ بَعِيدٌ ، وَكَانَ رَبُّهُ قَدْ عَلِمَ فَلِرَبِّهَا قَلْعُهُ أَوْ إِبْقَاؤُهُ
بِالْأَكْثَرِ مِنَ الْمُسَمَّى أَوْ كِرَاءِ الْمِثْلِ ...

القول الذي صدر به لابن حبيب والقول بكراء المثل هو مذهب «المدونة» على ما فهمه ،

فنذكر أولاً قول ابن حبيب ، ثم نذكر ما في «المدونة» ليتبين لك ذلك .

ابن حبيب : وإن اكرت أرضاً سنة أو سنتين فنقدت ولم يبق منها إلا شهران أو شهر ، وما لا ينتفع به في الزرع فليس للمكترى أن يحدث به زرعاً إلا بكراء مؤتلف ولا يحط عنه لما تقدم شيء ولربها حرثها لنفسه وليس للمكترى منه ؛ لأنه مضار فإن زرعها المكترى وهو يعلم أن الوجيبة تنقضي قبل تمام الزرع بالأمد البعيد ، فربها مخير إن شاء حرث أرضه وأفسد زرعه أو أقره وأخذ بالأكثر من قيمة الكراء أو كراء الوجيبة ، وإن كان ظن أن الزرع ينقضي عند تمام الوجيبة فزاد عليها الأيام والشهر ونحوه ، فليس لربها قلعه ولربها زيادة المدة على حسب كراء الوجيبة ، فقول ابن حبيب : أو أقره وأخذ بالأكثر إلى آخره ، وهو قول المصنف : (بِالْأَكْثَرِ مِنَ الْمُسَمَّى أَوْ كِرَاءِ الْمِثْلِ) ونص ابن حبيب على أنه لا فرق في هذا بين أرض الزرع والمباقل .

وقال في «المدونة»^(١) : ومن اكرت أرضاً سنة فحصد زرعه قبل تمام السنة ، فأما أرض

النهر فمحمل السنة فيها الحصاد وينقضي بذلك فيها ، وأما ذات السقي التي تكرر على أمد الشهور والسنين فللمكترى العمل إلى تمام السنة ، فإن تمت وله فيها زرع أخضر أو بقل فليس لرب الأرض قلعه وعليه تركه إلى تمامه ، وله فيما بقي كراء المثل على حساب ما أكرها منه ، وهكذا اختصرها البراذعي وابن أبي زمنين .

وطرح سحنون قوله : على حساب ما أكرى ، قيل : لأنه تناقض ؛ إذ لا يصح كراء

المثل على حساب ما أكرى ، وإليه ذهب الشيخ أبو محمد ، واختصرها فقال : وله فيما بقي كراء المثل على ما أكره .

ورجح ما قاله الشيخ بأن المسألة وقعت في «العتبية» من سماع أبي زيد على ما اختصر

(١) «تهذيب المدونة» (٣/١٨٥) .

الشيخ ، هكذا في الرواحل في «المدونة» في التعدي في المسافة ، ورأى ابن لبابة أنه في «المدونة» ذكر القولين فاختلط ذلك على السامع وظنهما قولاً واحداً .

ودفع عبد الحق^(١) وابن يونس ما أشاروا إليه من التناقض على الرواية الأولى وقالوا : بل معناها صحيح بأن يقوم كراء الزيادة ، فإن قيل : دينار ، قيل : وما قيمة السنة كلها ، فإن قيل : خمسة ، فقد علمت أنه وقع للزيادة مثل خمس كراء السنة فيكون كراء الأول ومثل خمسه .

وعلى هذا فقول المصنف : (وَقِيلَ : كِرَاءُ الْمِثْلِ) هو مذهب «المدونة» على تأويل سحنون والشيخ أبي محمد وغيرهما .

ولعل المصنف ممن ذهب إلى هذا المذهب لرجحانه برواية أبي زيد وبما في الرواحل ؛ فلذلك اقتصر عليه ، لكن لو أراد هذا لقدم هذا القول على الأول .

قال في «المدونة»^(٢) ياتر الكلام السابق : وقال غير ابن القاسم : فإن بقي من السنة بعد حصاده ما لا يتم فيه زرعه فلا ينبغي أن يزرع ، فإن فعل فعليه في زيادة المدة الأكثر من كراء المثل ؛ إذ كأنه رضي به ، أو كراء المثل وهو قول ثالث في المسألة ، وقيد ابن يونس بأن لا يكون ربها عالماً به ، فإن علم فتركه فله ، على حساب الكراء الأول ، كما قال الغير في الدابة يكثرها مدة فيتجاوزها .

وَأِنْ كَانَ ظَنُّ تَمَامِهِ فَرَادَ الشَّهْرَ وَنَحْوَهُ فَعَلَيْهِ نِسْبَةُ الْمُسَمَّى ، وَقِيلَ : كِرَاءُ الْمِثْلِ (وَأِنْ كَانَ ظَنُّ تَأَكِيدٍ ؛ أَي وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مُتَعَمِّدًا ، بَلْ ظَنُّ الزَّرْعِ يَطِيبُ عِنْدَ انْقِضَاءِ الْأَجْلِ .

وَلَوْ زَرَعَ مَا ضَرَّرَهُ أَكْثَرُ مِمَّا هُوَ لَهُ فَلِلْمَالِكِ قَلْعُهُ ، أَوْ أَخَذُ مَا بَيْنَ الْقِيمَتَيْنِ مَعَ الْكِرَاءِ ..

قد تقدم أنه إذا عين صنفاً جاز أن مثله أو دونه ، وتكلم هنا على ما إذا زرع الأكثر ولا شك أنه متعمدٌ فلذلك كان للمالك قلعه أو أخذ ما بين القيمتين مع الكراء الأول ، وكيفية التقويم ظاهرة لا تخفى عليك ، والقلع مقيد بما إذا كانت مدة الزراعة باقية ، وأما إن مضت فليس إلا كراء الزيادة مع الكراء الأول ، وهكذا قال صاحب «الجواهر»^(٣) وغيره .

(١) «النكت والفروق» (٢/٩٠) .

(٢) «تهذيب المدونة» (٣/١٨٥) .

(٣) «الجواهر» (٣/٦٥) .

ابن عبد السلام : وإنما له التخيير إذا لم يطب الزرع ، ولو كان بعد طيبه لم يكن له إلا ما بين القيمتين ، وهذا إذا كان بعد الزراعة ، وإن كان قبلها فأراد أن يزرع ما ضرره أكثر وأذن له في ذلك رب الأرض فظاهر «المدونة» جوازه ؛ لأن ذلك يعيب الأرض ، فهو حق آدمي يسقط بالإذن .

وتردد بعض القرويين في جوازه ؛ لأنه كمن نقل الصانع من صنعة إلى صنعة وكمن أراد أن ينقل الحمل من طريق إلى طريق يخالفها ، اختلف إذا استأجر شخصاً في شيء ثم أراد أن يستعمله في غيره فإن كان من جنسه ومثل مشقته جاز وأجرته عليه ، وإن كان من غير جنسه ورضيا بذلك فأجازه ابن القاسم في اليسير وابن حبيب في الكثير ومنعه سخنون فيهما .

واختلف أيضاً إذا أكره ناحية : هل يجوز أن ينقله إلى مثلها ؟ فأجازه ابن القاسم في «المدونة» بالتراضي ، ومنعه القرويون ولو تراضيا .

وقال أشهب : للمكترى ذلك إن تساوى الطريقتان ، وإن لم يرض ربها فيمكن أن يخرج هذا الخلاف في مسألتها .

وَلَوْ اسْتَأْجَرَ لِلْغَرْسِ أَوْ لِلْبِنَاءِ سَنِينَ فَأَنْقَضَتْ فَلِلْمَالِكِ أَخْذُهُ بِقِيَمَتِهِ مَقْلُوعاً بَعْدَ إِسْقَاطِ مَا يَغْرَمُ عَلَى الْقَلْعِ وَالْإِخْلَاءِ ...

يعني : فله أن يأمره بقلع بنائه كما في بناء الغاصب والمعار إذا انقضت مدة الإجارة .

وقيد عبد الحق^(١) وغيره هذا بما إذا لم يكن في الشجر ثمر أو كان فيها ثمر غير مأبور وهذا هو الذي له أن يأمره بقلع الزرع .

قال : وإن كان الثمر مأبوراً عند تمام الأمد أجبر رب الأرض على بقائه وعليه قيمة الكراء ؛ لأنه إذا تكلف المكترى القلع أضرب به في فساد ثمرته عليه .

واحترز المصنف بقوله : (لِلْبِنَاءِ وَالْغَرْسِ) مما لو استأجرها للزرع ولم يبدُ صلاحه ، فليس لرب الأرض قلعه ولا شراؤه قاله في «المدونة» ، وقال التونسي : الأشبه جواز شرائه للزرع ؛ لأنه قابض له بقبضه الأرض المحتوية عليه ، وحديث النهي عن بيع الثمار قبل بدو صلاحها لا يتناول هذه الصورة ؛ لأنه تجاوز من البائع ، ومسألتنا الضمان فيها من المتباع للقبض الذي قلناه .

(١) « النكت والفروق » (٢/٩٠) .

وقوله : (عَلَى الْقَلْعِ وَالْإِخْلَاءِ) يعني : إلا أن يتولاه بنفسه أو عبده .

وَلَوْ حَمَلَ عَلَى دَابَّةٍ أَكْثَرَ مِمَّا شَرَطَ فَعَطِبَتْ، فَإِنْ كَانَ مِمَّا تَعَطَّبُ بِمِثْلِهِ خَيْرَ رَبِّهَا فِي قِيمَةِ كِرَاءٍ مَا زَادَهُ مَعَ كِرَائِهِ أَوْ قِيمَتِهَا يَوْمَ التَّعَدِّيِّ ، كَمَا لَوْ تَجَاوَزَ الْمَكَانَ وَإِنْ لَمْ تَعَطَّبْ عَلَى الْمَشْهُورِ وَعَلَيْهِ الْعَمَلُ وَإِنْ كَانَ مِمَّا لَا تَعَطَّبُ بِمِثْلِهِ فَلَهُ كِرَاءٌ مَا زَادَهُ كَمَا لَوْ لَمْ تَعَطَّبْ....

لزيادة المكتري صورتان :

إحداهما : أن يزيد في الحمل .

الثانية : أن يزيد في المسافة .

وتكلم المصنف عليهما فذكر أنه إذا زاد في الحمل ؛ فإما أن يزيد زيادة تعطب بمثلها ، أم لا ، ولا فرق في الأول بين أن يزيد في الوزن أو في تفاوت الضرر كما لو حمل مكان حنطة قنطار رصاص .

فقال المصنف : (إِذَا عَطِبَتْ) أي : هلكت (خَيْرَ رَبِّهَا) في أخذ كراء ما زاد على الكراء الأول أو أخذ (قِيمَتِهَا) .

قال في «المدونة»^(١) : ولا كراء له .

ابن يونس : يريد إذا زاد ذلك في أول الحمل ، يعني : وأما إن زاد بعد أن صار نصف المسافة ، فله نصف الكراء الأول وقيمتها يوم التعدي .
وقول المصنف : (يَوْمَ التَّعَدِّيِّ) يشمل صورتين .

قوله : (كَمَا لَوْ تَجَاوَزَ الْمَكَانَ) أي : فعطبت ، والتشبيه في مطلق التجاوز ؛ إذ لا فرق هنا - أعني : إذا عطبت - بين أن يزيد في المسافة ما تعطب الدابة في مثلها أم لا ، ولهذا قال : (وَإِنْ لَمْ تَعَطَّبْ) أي : بمثل هذا التجاوز .

قوله : (عَلَى الْمَشْهُورِ) أي : المشهور الفرق بين الزيادة في المسافة والقدر ، وأنه لا يفصل في الزيادة في المسافة .

(وَعَلَيْهِ الْعَمَلُ) أي : وعلى المشهور ، وأشار بالعمل إلى ما عليه الفقهاء السبعة من تضمينه في زيادة المسافة ولم يفصلوا .

(١) «المدونة» (١١/٤٧٨) .

ونقل ابن يونس عن بعض القرويين أنه يضمن في زيادة الحمل إذا عطبت ، وإن كانت لا تعطب بمثلها كزيادة المسافة ، وهذا هو الشاذ في كلام المصنف .

ابن عبد السلام : وقال المؤلف : إنه يضمن بالزيادة في المسافة عطبت الدابة أو لم تعطب وذكر أنه المشهور وعليه العمل ، انتهى .

وما ذكره المصنف من الضمان بالزيادة في المسافة هو كما ذكرناه إذا عطبت ، أما إن لم تعطب فقال ابن القاسم في «المدونة»^(١) : إذا ردها بحالها بعد زيادة الميل أو الأميال أو بعد حبسها اليوم ونحوه لمالك في «الواضحة» : وأياماً يسيرة ، لم يضمن إلا كراء الزيادة .
ابن القاسم : وأما إن كثرت الزيادة أو حبسها أياماً أو شهراً .

ابن حبيب : وأياماً كثيرة كالشهر ونحوه وردها بحالها ، فلربها كراؤها الأول ، والخيار في أخذ قيمتها يوم التعدي أو كرائها فيما حبسها فيه من عمل ، أو حبسها أياماً بغير عمل ما بلغ ذلك ، وإن لم تتغير .

وقال غيره : إن كان ربها حاضراً معه فيما حبسها بحساب الكراء الأول ، وكأنه رضي به ؛ لأنه قادر على أخذها ، وتمادى المكتري منه بالمسمى ، وإن كان غائباً عنه ورد الدابة بحالها فله في الزيادة الأكثر من قيمة كراء الزيادة ونسبة كراء الأول ، عمل عليها شيئاً أم لا ، وإن شاء فله الزيادة يوم حبسها ، والكراء الأول لازم في كل حال .

وبما قررناه - أعني : حمل كلامه في زيادة المسافة على ما إذا عطبت - يندفع قول ابن عبد السلام ، وما ذكره صحيح لكن بشرط أن تكون تلك الزيادة كثيرة أو طال زمان حبسها وانضم إلى ذلك تغيير سوق وشبهه ، ثم استشهد بما في «المدونة» ؛ لأنه يقول : إنما اشترط هذا في «المدونة» إذا سلمت ، ولم يتكلم عليه المصنف .

وقوله في «المدونة» : «أياماً» يحتمل أن يكون قول ابن حبيب تفسيراً لما قال في كتاب الزكاة : يترك للمفلس كسوته الأيام ، وفسرت بشهر ، ويحتمل أن يكون خلافاً .
فإن قيل : لا يصح الأول ؛ لأنه يلزم منه التكرار ؛ لأنه حينئذ يصير التقدير : أو حبسها مثل شهر أو شهر .

قيل : لأنه يؤخذ من قوله : «مثل شهر» أن تكون التسعة والعشرون ونحوها مقتضية للتخيير بخلاف الشهر .

(١) «المدونة» (١٤/٣٥٧) .

قوله : (وَإِنْ كَانَ مِمَّا لَا تَعْطَبُ بِمِثْلِهِ) اسم كان عائد على الحمل الزائد .
 وقوله : (مِمَّا تَعْطَبُ بِمِثْلِهِ) أي : فعطبت فله كراء الزيادة ، وليس له أن يضمه قيمة الدابة .

وقوله : (كَمَا لَوْ كَم تَعْطَبُ) فليس له إلا كراء الزيادة وإن حمل عليها ما تعطب بمثله .

تنبيهات :

الأول : مقتضى كلام المصنف أن الدابة إذا عطبت في زيادة المسافة يضمن مطلقاً ، وهو قول نقله ابن المواز : إنه يضمن ولو بزيادة خطوة .

أبو الحسن : وهو خلاف «المدونة»^(١) لأن فيها : يضمن في الميل ونحوه ، وأما مثل ما يعدل الناس إليه في الراحلة فلا ضمان ، ومثله في كتاب الغصب فيمن استعار دابة .

خليل : وقد يقال : ليس هو خلافاً ؛ لأن هذا لما كان الناس يعدلون إليه لم تبق زيادة .

الثاني : قد أشار المصنف إلى الفرق بين الزيادة في الحمل والمسافة في العمل .

وفرق ابن يونس وغيره بينهما بأن مجاوزة المسافة تعدُّ كله ، فلذلك يضمن إذا عطبت في قليله وكثيره ، بخلاف زيادة الحمل ، فإنه اجتمع فيه تعدُّ ومأذون فيه ، وفيه نظر ؛ لأن الدابة إنما هلكت بمجموع التعب الحاصل بسبب التصرف المأذون فيه السابق مع عدم المأذون فيه .

الثالث : اللخمي وابن يونس : صفة كراء الزيادة في الحمل إذا وجبت لربها أو اختارها أن يقال : كم يساوي كراء هذه الدابة المحملة حسبما تعدى ؟ فيكون ذلك لربها مع الكراء الأول .

ابن يونس : قال بعض الأصحاب : يكون له الكراء الأول وفضل الضرر كمن أكرها حمل معين فحمل أضرم منه وأثقل ، فإنه يكون له فضل الضرر ، وفيه نظر ؛ لأن الذي زاد في الحمل حمل ما أذن له فيه وزاد عليه ، فإنما عليه كراء الزيادة مع الكراء الأول ، والذي حمل غير ما اكرتها له كمن ركبها في غير الطريق الذي أذن له فيه فهذا له فضل الضرر ، والله أعلم .

خليل : والكراء على الوجه الأول أكثر منه على الوجه الثاني ؛ لأنه في الأول بقدر ذكر الزيادة والدابة محملة بخلاف الثاني ، والله أعلم .

(١) «المدونة» (١١/٤٧٩) .

الرابع: إذا تعدى في المسافة أو في الحمل ، ثم هلكت بعد رجوعه من المكان الزائد وبعد أن زال عنها ما زاده في الحمل ، قال سحنون : لا ضمان عليه ، كرده ما تسلف من الوديعة ، وعليه كراء الزيادة .

وقال ابن الماجشون وأصبخ : إن كانت الزيادة يسيرة فيها فكذاك ، وإن زاد كثيراً فهو ضامن .

ابن يونس : وهو أحسن وبه أقول ؛ لأن الزيادة اليسيرة يعلم أنها لا تعين على هلاكها بخلاف الكثيرة ، فإنها التي أعانت على هلاكها ، والله أعلم .

وَتَنْفَسِخُ بِتَلْفِ الْعَيْنِ الْمُسْتَأْجِرَةَ كَمَوْتِ الدَّابَّةِ الْمُعَيَّنَةِ ، وَأَنْهَادِ الدَّارِ وَيُحْسَبُ مَا مَضَى ...

لما فرغ من الأحكام المتعلقة بالإجارة شرع في الطوارئ عليها ، وهذا كما يقولون : كل عين تستوفى منها المنفعة فهلاكها يفسخ الإجارة .

واحترز ب (الدَّابَّةِ الْمُعَيَّنَةِ) من المضمونة ، ولم يذكر المصنف التعيين في الدار ؛ لأن كراء الدور لا يكون إلا معيناً كما تقدم .

(وَيُحْسَبُ مَا مَضَى) أي : فيكون لرب الدار والدابة بحسابه على حسب القيمة .

وَلَوْ سَكَنَ أَلْمُ السَّنُّ أَوْ عَفَا مِنْ لَهُ الْقِصَاصُ انْفَسَخَتْ

هذه المسألة وقعت في بعض النسخ ، ومعناها : أن من استؤجر على أن يقلع لرجل سنا أو استؤجر على أن يستوفي القصاص من رجل آخر ، فسكن ألم السن أو عفا من له القصاص ، فالإجارة تنفسخ ، والمعنى فيهما واحد .

وَأَمَّا مَحَلُّ الْمَنْفَعَةِ فَإِنْ كَانَ مِمَّا يَلْزِمُ تَعْيِينَهُ كَالرَّضِيعِ وَالْمُتَعَلِّمِ فَكَذَلِكَ ، وَإِلَّا لَمْ تَنْفَسِخْ عَلَى الْأَصْحِّ كُتُوبِ الْخِيَاطَةِ ...

القاعدة هنا أن كل عين تستوفى بها المنفعة ، فهلاكها لا يفسخ الإجارة على المشهور ، إلا في أربع مسائل ؛ وهي صبيان ، وفرسان : صبيا للتعليم والرضاعة ، وفرساً للزرو والرياضة .

وذكر المازري أن أهل المذهب ألقوا خامسة ، وهي إذا استأجر على أن يحصد أرضه وليس له غيرها ، أو يبني له حائطاً كذلك ، ثم حل مانع من ذلك .

قال : وزاد الشيخ أيضاً الخياط والحائك إذا دفع إليه ثوباً ليعمله ، وكان للباس لا للتجارة وليس عنده غيره ، وكذلك أيضاً تنفسخ في المسألتين السابقتين .

وألحق الباجي بها الطيب يؤاجر على معانة العليل مدة فيموت قبلها ، وألحق أيضاً بعضهم بها ما إذا استؤجر على الجواهر النفيسة ليصنع بها شيئاً ثم هلكت ، والعلة فيها كلها تعذر الخلف غالباً .

وقوله : (عَلَى الْأَصَحِّ) نحوه في «الجواهر»^(١) قال : ولو هلك الثوب المستأجر على خياطته ، كان له أن يبذله بغيره على الظاهر من المذهب ، قال عبد الوهاب^(٢) : والظاهر من مذهب أصحابنا أن محل استيفاء المنافع لا يتعين بالإجارة ، وأنه إن عين فذلك بالوصف .

وفي «المقدمات»^(٣) : والمشهور انفساخ الإجارة إذا تلف ثوب الخياطة ، ولعل مراده إذا كان للباس كما تقدم .

وَلَوْ اسْتَأْجَرَ دَابَّةً إِلَى مَكَانٍ ، وَشَرَطَ أَنَّهُ إِنْ وَجَدَ حَاجَتَهُ دُونَهَا حَاسِبَهُ جَازَ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ كَالْخِيَارِ ...

هكذا قال مالك في «العتبية»^(٤) و «الموازية» بشرط أن لا ينقد ؛ لأنه إن نقد يؤدي إلى أنه تارة ثمناً وتارة سلفاً .

وهو مثل ما في « المدونة » في الذي يستأجر الرجل شهراً على أن يبيع له ثوباً ، على أن المستأجر متى شاء أن يترك ترك : أن ذلك جائز إذا لم ينقد ، ومنعها سحنون للجهل في الكراء والإجارة .

قال في «البيان»^(٥) : والجواز هو الأظهر ؛ لأنه بمنزلة ما لو قال : أبيعك من صبرتي ما شئت ، كل قفيز بدرهم .

ووافق سحنون على الجواز في كراء الدار سنة ، على أنه إن خرج قبلها حاسبه .

(١) « الجواهر » (٧١/٣) .

(٢) نقله في « الجواهر » (٧١/٣) .

(٣) « المقدمات » (٤٧٢/١) .

(٤) « البيان والتحصيل » (٢٤/٩) .

(٥) « البيان والتحصيل » (٢٤/٩) .

وقال فضل : إنما منع سحنون مسألة «المدونة» ؛ لأنه كراء بخيار إلى أمد بعيد .

قال : وليس كما قال : لأن الخيار إنما هو الآن ، وكلما مضى من الشهر شيء كان الخيار فيما بقي ، وليس كالسلعة التي يشتريها على أنه بالخيار فيها مدة طويلة ؛ لأنه يحتاج في توفيتها إلى انقضاء أمد الخيار ، فلذلك لا يجوز ، وليس ذلك في الإجارة والكرء ، إلا أن يكتري الدابة على أن يكرئها بعد شهر ، أو يستأجر الأجير على أن يخدمه بعد شهر ، على أنه بالخيار في الإجارة والكرء .

وقوله : (إِلَى مَكَانٍ) فيه حذف صفة ؛ أي : معين .

وَتَنْفَسِخُ بَعْضُ الدَّارِ وَعَصَبُ مَنْفَعَتِهَا أَوْ بِأَمْرِ السُّلْطَانِ بِإِغْلَاقِ الحَوَانِيتِ

الثاني : من الطوارئ الموجبة للفسخ : غصب الدار أو غصب منفعتها ، أو بأمر السلطان بإغلاق الحوانيت .

ووجهه أن المكتري منع من استيفاء المنفعة ، فوجب الفسخ كالنكاح ، وكما لو انهدمت الدار ، وما ذكره المصنف هو المشهور .

ونقل ابن حارث عن سحنون : أن المصيبة من المكتري ، وهو بعيد ، ولا يقال : يجري على أن قبض الأوائل قبض الأواخر لانتقاضه بإجماعهم على الفسخ بالهدم .

ولابن حارث ثالث بالفرق : إن غصبت رقبة الدار فمن المكري ، وإن غصبت السكنى فمن المكتري ، وهو أيضاً بعيد ، وينبغي أن يكون هذا الخلاف مقصوراً على ما إذا غصبت المنفعة أو الرقبة بعد قبض المكتري إياها ، وأما لو كان ذلك قبل القبض ، فتكون المصيبة من المكري ؛ لأن المكتري لم يتمكن من القبض .

تنبيه :

وقع لابن القاسم وعبد الملك في «المجموعة» : إن اغتصبها منه رجل فالكرء على المكتري ، إلا أن يكون سلطان ليس فوقه سلطان لا يمنع منه إلا الله تعالى ، وعده في «البيان» وفاقاً لقدرة المكتري على دفع من دونه .

وَلَا تَنْفَسِخُ بِإِثْرَارِ المَالِكِ

يعني : أن الإجارة بعد انعقادها لا تنفسخ بإقرار المكري لأجنبي في الرقبة أنه باعها له ، مثله : إذا أنكر ذلك المكتري ولا بينة ؛ لأنها على قصد الكراء ، وسماه المصنف مالكا

باعتبار الحكم ، لكي يقبل إقراره على نفسه ، ثم لا يخلو إما أن يكون إقراره بفور الكراء أو لا ، فإن أقر بفور الكراء فالمقر له بالبيع يخير بين أربعة أشياء : الفسخ إن كان الثمن أكثر من القيمة ، أو أخذ القيمة إن كانت أكثر ؛ لأنه حال بينه وبين قبض المبيع ، أو أخذ ما أكرت به ، أو قيمة الكراء إن كانت أكثر .

وإن أقر بذلك بعد انقضاء المدة لم يكن للمشتري مقال في رده البيع ، وكان له الأكثر من كراء المثل أو المسمى ، هكذا ذكر اللخمي في كراء الرواحل .

وَلَوْ حَبَسَ الثَّوْبَ أَوْ الدَّابَّةَ الْمُدَّةَ الْمُعَيَّنَةَ ثَبَّتَ الأَجْرَةَ إِذِ التَّمَكِينُ كَالِاسْتِيفَاءِ

أي : التمكين من الانتفاع كاستيفائها .

فَلَوْ زَادَ فَتَالَتْهَا : إِنْ كَانَ المَالِكُ حَاضِرًا فَنِسْبَةُ المُسَمَّى وَإِلَّا فَالأَكْثَرُ

يعني : فلو زاد المكتري على مدة الكراء ، فاختلف فيما يلزم المكتري على ثلاثة أقوال : الأول : نسبة المسمى ، حضر المالك أو غاب .

الثاني : عليه الأكثر من نسبة المسمى وكراء المثل ، وهذا القول حكاه ابن المواز هكذا .

والثالث : إن كان المالك حاضراً معه بالمصر ، فيكون له كراؤها في هذه المدة بحسب الكراء الأول ، ويعد راضياً به لما كان قادراً على أخذها وتركها ، وإن لم يكن حاضراً فعليه الأكثر ، وهذا لغير ابن القاسم في «المدونة» .

ولم يذكر المصنف مذهب ابن القاسم فيها أن عليه كراء المثل مطلقاً .

فإن قلت : هلاً جعلت هذا هو القول الثاني في كلام المصنف كما قال ابن عبد السلام؟

قيل : لأن ذلك يخالف اصطلاحه ؛ إذ قاعدته أنه يجعل عجز القول الثالث هو القول

الثاني .

وَفِي إِسْقَاطِ بَعْضِهِ بِتَقْدِيرِ الاسْتِعْمَالِ قَوْلَانِ

أي : بعض الأجر ، وفي بعض النسخ (نَقْضِهِ) أي : نقص الاستعمال .

ومعنى كلامه : أنه إذا لم يستعمل الثوب أو الدابة في الزائد على المدة المعينة ، فاختلف

في إسقاط بعض الكراء على تقدير الاستعمال على قولين : مذهب ابن القاسم في

«المدونة» : السقوط ، واختلف عليه في كيفية التقويم ، فقيل : يقال : كم كراء مثل هذا

الثوب شهراً ملبوساً؟ فيقال مثلاً: عشرة، فيقال: وكم ينقصه اللبس؟ فيقال مثلاً: خمسة، فيقال: على الذي حبسه خمسة؛ لأنه كأنه استأجره بعشرة رد عليه في الثوب منها خمسة.

ابن يونس: وفيه نظر؛ إذ قد ينقصه اللبس والركوب في مدة حبسه قدر كرائه، فيؤدي إلى أن لا يغرم شيئاً وهو قد حبس تلك المنافع، وإنما يقال: بكم يكرى هذا الثوب على أن لا يلبس، وهذه الدابة على أن لا تتركب؟ فما قيل يساوي كراؤه وجب عليه غرمه. وللخمي نحو ما اختار ابن يونس، والقول بعدم الإسقاط لعدم الاستعمال هو ظاهر قول غير ابن القاسم في أكرية الرواحل، أن عليه العمل من كراء المثل ونسبة المسمى، عمل عليها شيئاً أم لا.

وَلَوْ كَانَتْ الْمُدَّةُ غَيْرَ مُعَيَّنَةٍ وَحَبْسَهَا فَكَذَلِكَ وَالْكَرَاءُ الْأَوَّلُ بَاقٍ

ولو كانت مدة الإجارة غير معينة، بل اقتصرت دابة على أن يذهب عليها إلى موضع كذا أو يحمل عليها شيئاً ولم يذكر أياماً بأعيانها، فحبسها المكتري عنده ولم يخرج بها، لزمه في مدة حبسها ما ذكره المصنف فوق هذا على القولين، والكرء الأول باقٍ.

فإن قلت: فقد قال المصنف أولاً، وإذا لم يعين ابتداء المدة حمل من حين العقد، فينبغي أن يفسخ في غير المعين كالمعين.

قيل: لعل قوله: «من حين العقد» محمول على الحكم؛ أي: لو رفعه إلى الحاكم فحكم عليه بأخذها والانتفاع بها حتى لو ترك حيث لزمه الكراء ويصير كالمعين.

ولعله في هذه المسألة لم يرفعه، هكذا ظهر لي، فتأمله.

وَلَوْ أَخْلَفَهُ رَبُّ الدَّابَّةِ لَمْ تَنْفَسِحْ وَلَوْ فَاتَ مَا كَانَ يَرُومُهُ إِلَّا إِنْ كَانَ أَكْثَرَى يَوْمًا بِعَيْنِهِ، بِخِلَافِ الْحَجِّ لِأَنَّ الْأَيَّامَ فِي الْحَجِّ مُتَعَيَّنَةٌ...

(لم تنفسح) هو مذهب «المدونة»^(١) فيها: قال مالك: في الدابة بعينها يكرها ليركبها إلى غد فيغيب ربه، ثم يأتي بعد اليومين والثلاثة، فليس له إلا ركوبها.

(ولو فات ما كان يرومه) أي: يقصده من تشييع شخص أو تلقي رجل أو نحو ذلك.

وعلل ابن المواز ذلك بأنه كاشترى سلعة بعينها يدفعها من الغد أو مضمونة، فمطله

(١) «المدونة» (١١/٥٠١).

بذلك حتى فاتته ما يريد فلا حجة له ، وإنما له السلعة ، وقاله مالك في الأضاحي : إذا أسلم فيها فيؤتى بها بعد أيام النحر ، أنها تلزمه .

قوله : (إِلَّا أَنْ يَكُونَ أَكْثَرَى يَوْمًا بَعِيْنَهُ) يعني : فأخلفه المكتري ، فإنه يفسخ .

ابن المواز : ولا يجوز فيه ولا في الحج التمادي ، وإن رضيا .

وقوله : (بِخِلَافِ الْحَجِّ) راجع إلى قوله : (لَمْ تَنْفَسِحْ) .

قوله : (لَأَنَّ الْأَيَّامَ فِي الْحَجِّ مُتَعَيِّنَةٌ) هو تعليل ابن المواز .

الللخمي : وإذا تغيرت الجمال يوم خروجك إلى الحج فالكراء منفسخ .

وقال في «الموازية» : لا يفسخ .

وقال غيره : في غير الحج يفسخ ، قال : والفسخ في كلا الموضوعين ؛ فإنه لا يختلف

أنه لو رفعه إلى الحاكم لفسخه عنه لما عليه من الضرر في الصبر .

وَلَوْ أَجَرَ مُسْتَحِقُّ الْوَقْفِ وَمَاتَ قَبْلَ مُدَّتِهَا فَفِي انْفِسَاحِهَا قَوْلَانِ

إذا أكرى مستحق الوقف بالنقد لم يجز إلا السنة والستين ، ويجوز له أن يكري لما شاء

من السنين وإن طالت المدة إذا كان الكراء منجماً ، فكلما حل نجم أخذ كراءه وقدم له كراء

نجم آخر ، فإن مات قبل انقضاء المدة ، فقال ابن شاس^(١) : إذا مات البطن الأول من

أرباب الوقف بعد الإجارة وقبل انقضاء المدة ، انفسخت الإجارة في باقي المدة ؛ لأنه تناول

بالإجارة ما لا حق له فيه ، وقيل : إذا أكرى مدة يجوز الكراء إليها لزمه باقيه .

ابن راشد وغيره : والأول أصح .

و (مُسْتَحِقُّ الْوَقْفِ) هو المحبس عليه .

وَلَوْ أَجَرَ الْوَلِيُّ الصَّبِيَّ مَدَّةً فَبَلَغَ قَبْلَهَا انْفَسَحَتْ فِي الْبَاقِي

الولي يعم الأب والوصي والمقدم .

(فَبَلَغَ قَبْلَهَا) أي : قبل انقضائها ، على حذف مضاف .

(انْفَسَحَتْ) الإجارة (في الباقِي) أي : في باقي المدة ، وهكذا قال في «المدونة»^(٢) ،

وظاهره أن بنفس البلوغ يخرج من الحجر .

(١) «الجواهر» (٧٢/٣) .

(٢) «المدونة» (٥٠٢/١١) .

عياض : ولا يختلف أن هذا لا يكون في الوصي ، ولا في الأب على المعروف كما تقدم ، ولهذا قيد ابن القاسم ويحيى بن عمر المسألة بأن يبلغ رشيداً .

إِلَّا أَنْ يَظُنَّ أَنَّهُ لَا يَبْلُغُ فِيهَا فَيَلْزَمُ إِنْ كَانَ الْبَاقِي يَسِيرًا كَالشَّهْرِ

يعني : أنها لا تنسخ إلا باجتماع شرطين : أن يظن أن الصبي لا يبلغ قبلها ، وأن يبقى من المدة يسير .

قال في «المدونة»^(١) : كالشهر ويسير الأيام .

تنبيه :

أخذ من هذه المسألة جواز مؤاجرة الأب والوصي لليتيم .

عياض : وهو المشهور في الأب والمتفق عليه في الوصي .

وفي «المتيطية» في باب النفقة : للأب أن يؤاجر الصغير للنفقة عليه ، كان الأب غنياً أو فقيراً ، وبه قال غير واحد من الموثقين .

وقال بعض الفقهاء : إذا كان الأب أو الابن غنياً ، لم يجز أن يؤاجره ، ونحوه للمالك في «الموازية» : ويسلم لتعليم القرآن أو تجارة ونحوها مما يليق به ، وهل للأب أن ينتفع بفاضل خراجه عن نفقته ؟

منعه غير واحد من الموثقين ، وأجازه أصبغ في «الثمانية» ، ونحوه لابن لبابة في «أحكام ابن بطال» .

فَلَوْ كَانَ رَبْعَهُ وَدَوَابَّهُ فَقِيلَ : مِثْلُهُ ، وَقِيلَ : يَلْزَمُ وَلَوْ كَانَ الْبَاقِي كَثِيرًا

القولان في «المدونة»^(٢) ؛ الأول لغير ابن القاسم ، والثاني لابن القاسم .

ونصها : وإن أكرى ربه ودوابه ورقيقه سنين واحتمل بعد مضي سنة ، فإن كان يظن أن مثله لا يحتمل في تلك المدة فحصل الاحتلام وأنس منه الرشد - فلا فسوخ له ، ويلزمه باقياها ؛ لأن الوصي صنع ما يجوز ، وقال غيره : لا يلزمه إلا فيما قل .

قال ابن القاسم : وإن عقد عليه إجارة يعلم أنه يبلغ قبله ، لم يلزمه في نفسه إلا فيما

(١) « تهذيب المدونة » (٣/١٣٤) .

(٢) « المدونة » (١١/٥٠٣) .

يملك من ربع أو غيره ، وكذلك الأب ، والفرق على قول ابن القاسم بين ربه ونفسه شدة الضرر في النفس .

ابن عبد السلام : واختار بعضهم قول ابن القاسم ، إلا أنه قيده بشرط أن لا يكون الوصي فعل ذلك من أجل حاجته إلى الإنفاق عليه في زمان إن لم يفعل باع تلك الأرض والدار ، فيلزم حينئذ ولو طالت المدة .

وَرَبْعُ السَّفِيهِ الْبَالِغِ سِتِّينَ أَوْ ثَلَاثًا يَمْضِي وَإِنْ رَشَدَ ، وَقِيلَ : فِي السَّنَةِ وَنَحْوَهَا فَقَطُّ
أي : وفي إجارة ربع السفيه .

وقوله : (وَإِنْ رَشَدَ) أي : قبل انقضائها ، وهذا قول ابن القاسم في «المدونة»^(١) ، قال : لأن الوصي عقد ما يجوز له ، ولأن الرشد لا تعلم له غاية .
وقوله : (وَقِيلَ : فِي السَّنَةِ) أي : أنه لا يمضي إلا في السنة ، وهو قول غيره فيها ، قال : لأنه جل كراء الناس .

وَلَا تَنْفَسُخُ الْإِجَارَةُ بَعْتِ الْعَبْدِ ، وَأَحْكَامُهُ أَحْكَامُ عَبْدٍ حَتَّى تَنْقُضِي ، وَأُجْرَتُهُ لِسَيِّدِهِ إِنْ كَانَ أَرَادَ أَنَّهُ حُرٌّ بَعْدَ الْمُدَّةِ ...

يعني : لو أجر عبده سنة ، وفي معنى ذلك إذا أخدمه سنة ثم أعتقه قبل السنة ، لم تنفسخ الإجارة بسبب عتق العبد لتعلق حق المستأجر والمخدم .

وقوله : (وَأَحْكَامُهُ أَحْكَامُ عَبْدٍ) يريد : في شهادته والقصاص منه وله ، ولا يريد أنه يساوي العبيد في جميع أحكامهم ، ألا ترى أنه لا يجوز للسيد وطؤها إن كانت أمة ؟
وقوله : (حَتَّى تَنْقُضِي) أي : الإجارة ، قال في العتق الثاني من «المدونة»^(٢) : إلا أن يترك المستأجر أو المخدم للعبد بقية الخدمة ، فيعجل عتقه .

اللخمي : وقيل في هذا الأصل : لا يعجل عتقه ؛ لأن للسيد حقا في الجناية عليه قبل السنة .

خليل : وهذا إنما يأتي إذا أراد السيد أنه حر بعد السنة ، وأما إن أراد أنه ينجز عتقه ،

(١) «المدونة» (٥١/١٥) .

(٢) تهذيب المدونة « (٤٨٣/١) .

فإن الظاهر أن أرش الجناية للعبد والله أعلم .

قوله : (وَأَجْرُهُ لِسَيِّدِهِ... إِلَى آخِرِهِ) فقال أشهب : ويحلف على ذلك ، فإن نكل

كانت الأجرة للعبد .

وَلَا تَنْفَسُخُ بِفَسْقِ الْمُسْتَأْجِرِ كَثْرَتُهُ وَسَرْقَتِهِ وَإِنْ لَمْ يَكُفَّ أَجْرَهَا الْحَاكِمُ عَلَيْهِ كَيْبَعَهَا
لَوْ كَانَتْ مِلْكًا ...

أي : لا تنفسخ الإجارة بفسق المستأجر .

للخمي : وأرى أن يخرج إن لم يتيسر كراؤها من يومه أو نحوه ، وتخلي حتى يأتي

من يكتريها ، فإن لم يأت مكثر حتى خرج الشهر لزمه كراؤها .

وقوله : (كَيْبَعَهَا لَوْ كَانَتْ مِلْكًا) وهو مالك في «الواضحة» : أن الفاسق إذا أعلن بفسقه

في داره أنه يعاقب على ذلك وإن لم ينته باع الإمام عليه .

للخمي : وأرى أن يبدأ بعقوبته فإن انزجر وإلا أكرت عليه ، وإن لم ينته وكان يؤدي

الجيران ويقول : آتي لداري ونحوه ، بيعت عليه .

وَيَجُوزُ اسْتِئْجَارُ الْمَالِكِ مِنَ الْمُسْتَأْجِرِ

يعني : أنه يجوز للمالك أن يستأجر من المستأجر ما كان استأجره منه من ربع أو

حيوان ، وعلى هذا فـ (اسْتِئْجَارٌ) مصدر مضاف إلى الفاعل .

وَيَقُومُ الْوَارِثَانِ مَقَامَ الْمُسْتَأْجِرِينَ

يعني : أن الإجارة لا تنفسخ بموت المالك ولا المستأجر ، بل يقوم ورثة كل واحد منهما

مقامه ؛ لأن من مات عن حق فلورثته .

ابن عبد السلام : وجمع المصنف في تثنية المستأجرين اسم الفاعل واسم المفعول وهو غير

جائز ؛ إذ ليس ذلك ضم اسم إلى مثله .

ورد بأن كل واحد منهما مستأجر في المعنى ؛ لأن الاستئجار طلب الأجر وكل منهما

طالب له .

وَإِذَا عَطَبَتِ السُّفُنُ أَوْ عَرَضَ مَا يَمْنَعُ مِنَ الْبَلَاغِ فَقَالَ مَالِكٌ وَابْنُ الْقَاسِمِ : هُوَ عَلَى الْبَلَاغِ وَلَا شَيْءَ لِرَبِّهَا وَلَوْ غَرَقَتْ بِالسَّاحِلِ ، ابْنُ نَافِعٍ : حُكْمُهَا حُكْمُ الْبَرِّ مَا سَارَتْ فَلِرَبِّهَا بِحِسَابِهِ ، وَقَالَ أَصْبَغُ : إِنْ أَدْرَكَ مَأْمَنًا يُمَكِّنُ السَّفْرَ مِنْهُ وَحَاذَاهُ فَكَالْبَرِّ ، وَإِلَّا فَعَلَى الْبَلَاغِ بِنَاءً عَلَى أَنَّهَا جِعَالَةٌ أَوْ إِجَارَةٌ أَوْ تَنْقَسِمُ ...

كلام المصنف في هذه المسألة ظاهر التصور ؛ لأنه عزا الأقوال ووجهها ؛ يعني أن قول مالك مبني على أنها جعالة فلا يستحق الجعل إلا بتمام العمل كغيره من صور الجعل .
وقول ابن نافع على أنها إجارة فيأخذ بحساب ما صار كالذؤاب .

وروى أصبغ أنها إجارة إن أدرك مأمناً يمكن السفر منه وجعالة إن لم يمكن .

واستشكل بناء المصنف الأول على الجعالة ؛ لأن الجعالة لا تلزم بالعقد وكراء السفن يلزم بالعقد عند مالك وابن القاسم ، فأولى أن يبني على أنها إجارة على البلاغ كما في «المدونة» ، وقول مالك مقيد بقيدين :

أولهما : أن لا ينتفع بحمائلته ، وقد نقل سحنون عن ابن القاسم في من اكرت سفينة من الإسكندرية إلى القسطنطينية فغرقت في الطريق واستخرج نصف القمح وجعله في غيرها ، أن لرب السفينة الأولى كراء ما يخرج من القمح بقدر ما انتفع به ببلوغه إلى الموضع الذي غرقت فيه ، وقاله سحنون في كتاب ابنه وشبهها بمسألة حفر البئر يحفر بعضها ثم يترك وتكمل فإنه يعطى الأول بقدر ما انتفع به رب البئر .

القيد الثاني : قيد يحيى بن عمر قوله : (غَرَقَتْ بِالسَّاحِلِ) بما إذا لم يكن من أرباب المتاع تفريط في نقل المتاع ، وأما إن فرطوا لزمهم الكراء ، وكذلك لو أخذوا في التفريط فركبهم الهول ومنعهم منه حتى غرقت لكان الكراء على من سلم متاعه دون من لم يسلم .

وقوله : (عَرَضَ) بفتح الراء ، الجوهري : ومعناه ظاهر ؛ أي : من ربح أو قلة ماء أو نحو ذلك وفي المسألة قول رابع : إن كان سيرهم عرضاً فهو البلاغ ، وإن كان طولاً فلهم بحساب ما ساروا .

وَإِذَا خِيفَ عَلَى الْمَرْكَبِ الْغَرَقُ جَازَ طَرْحُ مَا يُرْجَى بِهِ نَجَاتُهَا غَيْرَ الْأَدْمِيِّ بِإِذْنِهِمْ أَوْ بِغَيْرِ إِذْنِهِمْ وَيَبْدَأُ بِمَا ثَقُلَ جِسْمُهُ وَعَظُمَ جُرْمُهُ ...

(الْمَرْكَبُ) بفتح الميم والكاف ومراده بالجواز الوجوب ؛ لأن حفظ النفوس واجب ،

وعبر المصنف بعبارة الأكثرين هنا ؛ وذلك أن إتلاف المال لغير فائدة حرام والجواز هو المقابل للتحريم ، فإن أرادوا رفع التحريم رفعوه بالجواز .

قوله : (مَا يُرْجَى بِهِ نَجَاتُهَا) أي من حيوان بهيمي وعرض ، ولما كان الطرح واجباً لإحياء نفوسهم لم يحتج إلى إذن المالك .

وقوله : (غَيْرِ الْأَدْمِيِّ) قد تقدم في باب الجهاد أن اللخمي انفرد بجواز الطرح بالقرعة ويبدأ بما ثقل جسمه وعظم جرمه ، وإن لم يثقل كأعدال القطن ونحوه ، ويبدأ بهذا ؛ لأنه المحتاج إلى طرحه ، ولأنه بطرح ذلك يسلم ما هو أرفع .

وَيُوزَعُ عَلَى مَالِ التِّجَارَةِ مِمَّا يُطْرَحُ أَوْ مِمَّا لَا يُطْرَحُ عِبِيداً أَوْ نَاضِياً أَوْ جَوْهَرًا

أي : يوزع المطروح فيكون من رمى له شريكاً بما يحاسب له في السالم في النماء والنقص .

ابن القاسم : حتى يكون ما يطرح وما يسلم كأنه لجميعهم .

ابن زيد : فإن كانت قيمة ما رمى كقيمة ما سلم ، فلمن رمى متاعه نصف السالم ، وإن كانت قيمته نصف قيمة السالم فله ثلث السالم ، ولا شركة بين من لم يرم لهم بعضهم على بعض .

وقوله : (عِبِيداً أَوْ نَاضِياً أَوْ جَوْهَرًا) يعني : يوزع على جميع مال التجارة وإن كان ذلك المال لا يطرح وهو العبيد أو قليل الجرم ، وهكذا قال ابن حبيب : إن كان معه دراهم أو دنانير يريد بها التجارة فهي داخلة في الشركة .

وقال ابن عبد الحكم وابن أبي زنين : من كان معه عين فلا يلزمه شيء من قيمة ما طرح .

وَالْمَذْهَبُ أَنَّ الْمَرْكَبَ وَعَيْبِدَهُ لَا يَدْخُلُ

هكذا قال ابن عبد الحكم : أجمع أصحابنا على أن المركب وعبيده لا يدخل في شيء من حكم الطرح ، وقوله : (وَالْمَذْهَبُ) إما تبرئاً منه ، إذ بالطرح سلم الجميع ، وإما إشارة إلى الخلاف ، ويكون بمنزلة قوله : المنصوص ، فابن حبيب نقل عن سخون أن المركب يدخل فأحرى عبيده .

وسئل ابن أبي زيد عن مركب كان مرسىً بالمهدية فأخذه هول فنقر بقاعه قاع البحر ،

فخيف عليه أن يهلك فرمى منه التجار بعض ما فيه لينخف ولا يصل إلى قاع البحر فذهب الهول وخلص المركب ، فأراد أصحاب المتاع أن يدخلوا المركب في قيمة ما طرح وأبى صاحب المركب ، فقال : إذا رمي خوفاً على المركب دخل في القيمة .

وَمَا لَيْسَ لِلتَّجَارَةِ كَالْعَدَمِ طُرْحٌ أَوْ لَمْ يُطْرَحْ

يعني إن طرح فلا شيء لصاحبه ، وإن لم يطرح فلا شيء على ربه ، ونقل على ذلك الاتفاق .

ابن عبد السلام : ولا يبعد تخريج الخلاف من الخلاف الذي في المركب وعبيده .

وهو قول أهل العراق وهو الذي مال إليه ابن يونس وقال : إنه القياس ؛ إنه لا فرق بين عروض التجارة وعروض القنية في التوزيع .

وَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمَطْرُوحِ مَتَاعُهُ فِي مَا يُشْبِهُ

لأن ذلك لا يعرف إلا من جهته وظاهره أنه يصدق في ثمنه وفي صفته ومقداره ، وفي ذلك تفصيل ، أما الثمن فقال ابن القاسم : هو مصدق بيمينه في تلف متاعه المطروح والسالم ما لم يأت بما يستنكر ويتبين كذبه فيه .

وقال سحنون : القول قوله بغير يمين إذا ظهر صدقه ، إلا أن يتهم فيحلف .

وأما الصفة فقال ابن أبي زيد : إذا ادعى صاحب المتاع أن صفته كذا وكذبه الباؤون فالقول قولهم مع أيمانهم ، فإن جهلوا فالقول قوله مع يمينه .

وأما قدره فإذا ادعى المطروح له الكثير وقال رب المركب : لم يستحق عندي إلا أقل ما ادعى ، فقيل : يرجع إلى ما في التنزيل ؛ لأن أمر الناس جرى إليه ، وما كان داخل المتاع مما يخفى ذكره في التنزيل فالقول قول صاحب المتاع فيه مع يمينه إذا أتى بما يشبه أن يملك مثله .

وخالفه ابن يونس فيما لم يكتبه في التنزيل ورأى أنه مدع فيه ، قال : وقد ظلم نفسه ؛ إذ لم يكتبه فيجب أن لا يصدق .

فروع :

فإن زعم رب السفينة أنه رمى بعض ما فيها لهول أصابه وكذبه أصحابه ، فقال أبو

سعيد ابن أخي هشام : هو مصدق في العروض في قول ابن القاسم ، ولا يصدق في الطعام إلا بيينة .

وَفِي صِفَةِ التَّوْزِيعِ أَرْبَعَةٌ : بِقِيَمَتِهِ وَقْتَ التَّلْفِ ، وَأَقْرَبِ المَوَاضِعِ ، وَمَكَانِ الحَمْلِ ، وَمَا اشْتَرِي بِهِ ...

القول باعتبار قيمته وقت التلف رواه أشهب ؛ أي في موضع طرح فيه في البحر .
والقول باعتبار قيمته في أقرب المواضع ذكره ابن شاس^(١) ولم يعزه ، وعلله بأنه لا قيمة له في محل التلف .

ابن عبد السلام : ولعل الأول يرد إليه ؛ إذ قد لا تكون له قيمة حين التلف .
والقول باعتبار قيمته في (مَكَانِ الحَمْلِ) أي : مكان حمل منه للمالك في «المختصر» .
وقال مالك في موضع آخر من «المختصر» : قيمته في موضع يحمل إليه .
والقول بـ (مَا اشْتَرِي بِهِ) لابن القاسم من رواية أصبغ في «الواضحة» وقيده في الرواية بأن يكون الشراء لا محاباة فيه ، قال : وهذا إن اشتروه من مكان واحد ، وأما إن كان اشتراؤه من مواضع شتى أو فيهم من اشترى ومن لم يشتر وقد طال مكث شرائه حتى حالت سوقه قوم الذاهب والسالم بالموضع الذي ركبوا منه يوم يركبوا ، ثم يكونون بتلك القيمة شركاء في السالم ، قال : وقول جميع أصحاب مالك كذلك في «العتبية» عن ابن القاسم .

ابن عبد السلام : والأقرب هو الأول مقيد بالقول الثاني ، وكيف يكونون شركاء بقيمته يوم حملوه ، ولو ضاع مال أحدهم قبل هول البحر لم يضمونه ؟ ولا يحسن أيضاً وأن يضمونه بقيمته في الموضع المحمول إليه مع اتفاقهم أنه إن هلك قبله فمن ربه .

وَالْمُسْتَأْجِرُ أَمِينٌ عَلَى الْأَصْحِّ

أي : فلا ضمان عليه كان المستأجر عليه مما يغاب عليه أم لا .

ومقابل الأصح أثبتة اللخمي وغيره كالمصنف ، وذكر اللخمي أنه في «كتاب ابن سحنون» ، وقال أشهب في الجفنة يدعى ضياعها : إنه ضامن ، وأنكر ابن المواز أن تكون

الرواية هكذا وقال : وإنما الرواية في دعواه الكسر ؛ لأنه يقدر على تصديق نفسه بإحضار الفلقتين وأما الضياع فيصدق ، ولهذا قال مالك في رواية أخرى : وأين الفلقتان ؟ ابن المواز : إلا أن يقول سرقت مني الفلقتان أو تلفتا .

وحكى صاحب «البيان»^(١) الاتفاق على نفي الضمان قال : فلا أعلم فيه خلافاً إلا ما لابن القاسم في «الدمياطية» في مكتري دابة يشترط عليه الضمان قال : لا ضمان عليه ، قال : والمناجل وآلة الحديد يضمنها ، قال : وهو شذوذ ، قال : وظاهر كلامه في الدابة أنه كراء فاسد ، وعليه في الفوات كراء المثل ، وفسر مسألة «الدمياطية» بأنها كبيع الثنيا يجبر مع القيام ويكون للمكتري في الفوات الأكثر .

قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ : وَيَلْزَمُهُ جَمِيعُ الْأَجْرَةِ مَا لَمْ تَقُمْ بَيْنَهُ ، وَقِيلَ : تَسْقُطُ بِحِسَابِهَا

(وَيَلْزَمُهُ) معطوف على مفعول القول المحذوف ؛ أي قال ابن القاسم : المستأجر أمين ويلزمه جميع الأجرة ، قال في «المدونة» : إلا أن يأتي ببينة على وقت الضياع ، وكان معه قوم في السفر فيشهدوا أنه أعلمهم بضياع ذلك وطلبه بمحضرهم ، فيحلف فيسقط عنه من يومئذ ما بقي من المدة .

وعلى هذا فقول المصنف : (مَا لَمْ تَقُمْ بَيْنَهُ) ليس بظاهر ؛ لحضرة البينة إلا أن يفهم قوله : (بَيْنَةً) على البينة التي تعرف أنه ذكر الضياع .

قال فيها : وقال غيره : لا يلزمه من الأجرة إلا ما قال : إنه انتفع به ، وبه أخذ سحنون وقال في قول ابن القاسم : إنه يصدقه في الضياع ويغرمه الكراء فيما لم ينتفع به . ورأى ابن القاسم أن الكراء في ذمته فلا يبرأ منه إلا ببينة بخلاف المستأجر فإنه فيه أمين ، وناقض التونسي قول ابن القاسم هنا بقوله في كتاب العارية فيمن استعار دابة وزعم ربها أنه أعارها إلى دون المكان الذي ركبها إليه ، وقال ابن القاسم : القول قول المستعير في دفع الضمان .

وأجاب ابن يونس بأن المستأجر مدعٌ في دفع الأجرة فعليه البيان .

وَفِي ضَمَانِهِ مَا آجَرَهُ لِغَيْرِهِ تَالِثُهَا الْمَشْهُورُ : إِنْ كَانَ فِي مِثْلِ أَمَانَتِهِ لَمْ يَضْمَنْ

يعني : واختلف في ضمان المستأجر ما آجره لغيره على ثلاثة أقوال :

(١) «البيان والتحصيل» (٩٨/٩) .

الأول : عدم الضمان مطلقاً وهو غير موجود ، ولا يقتضيه الفقه ؛ إذ لا ينتفي الضمان إذا أجره لمن ليس في مثل أمانته .

الثاني : أنه يضمن مطلقاً وهو معترض أيضاً ؛ لأنه إذا أجر لغير من هو في أمانته فالضمان ظاهر ، وإن كان لمن هو في أمانته فلا ، وإنما وقع في «المدونة» مقيداً بالثوب قال : لاختلاف الناس في اللباس ، مع أن سحنون اختار نفي الضمان واحتج بمسألة الفسطاط .

والثالث : ظاهر التصور .

وَأَمَّا الصَّانِعُ كَالْخِيَّاطِ وَالصَّبَّاحِ فَضَامِنٌ ، وَحُكْمُهَا عَنْ أَبِي بَكْرٍ وَعُمَرَ وَعَلِيٍّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ؛ عَمَلٌ فِي بَيْتِهِ أَوْ حَانُوتِهِ ، بِأَجْرٍ أَوْ بَغَيْرِ أَجْرٍ ، تَلَفَ بِصُنْعِهِ أَوْ بَغَيْرِ صُنْعِهِ ، إِذَا انْتَصَبَ لِلصَّنْعَةِ ، وَلَمْ يَكُنْ فِي بَيْتِ رَبِّ السَّلْعَةِ وَلَمْ يَكُنْ مُلَازِمَهُ ، فَإِنْ كَانَ أَحَدَهُمَا - فَأَمِينٌ ...

لما قدم المصنف أن الأجير أمين استثنى الصانع ولهذا أتى بـ (أما) المقتضية للتفصيل وأشار بـ (الْخِيَّاطِ وَالصَّبَّاحِ) إلى أنه لا فرق في الصانع بين أن يكون التغيير في ذات المصنوع كالخياط أو صفته كالصبغ ، ولما كان تضمينهم على خلاف الأصل أشار المصنف إلى الاستدلال عليه بالمنقول عن الخلفاء .

قال في «المدونة»^(١) وغيرها : وقد قضى الخلفاء بالتضمين وظاهر هذا أن عثمان رضي الله عنه منهم ، وعلى هذا فسكوت المصنف عنه ليس بظاهر ، ثم حكم الخلفاء مستلزم للإجماع ؛ إذ لم ينكر حكمهم .

وقد نقل عبد الوهاب وغيره في المسألة الإجماع ولا يقال : قد نقل عن علي رضي الله عنه خلاف ذلك ؛ لأن صاحب «المقدمات»^(٢) لم يُثبت ذلك عنه ، وضمير (حُكْمُهَا) عائد على المسألة ، وفي بعض النسخ (حُكْمُهُمَا) بالثنية وليست بشيء لعودها على الخياط والصبغ ، والنقل عن الخلفاء غير مخصوص ، ووجه تضمينهم من جهة المعنى ما قاله عبد الوهاب وغيره .

ثم نظرنا فرأينا : من قبض مالا على المنفعة لربه فقط كالوديعة يكون ضمانه من ربه ،

(١) « تهذيب المدونة » (٣/١٣٧) .

(٢) « المقدمات » (١/٤٧٣) .

وإن كان لمنفعة الأخذ كالمسلف يكون ضمانه من أخذه ، فجعلنا المشترك بينهما كالرهن والعارية على هذا التفصيل لقوة التهمة فيما يغاب عليه ، وأيضاً فإنهم لم يؤتمنوا وإنما الضرورة دعت الناس إلى الدفع إليهم ، ولهذا قال علي رضي الله عنه : لا يصلح للناس إلا ذلك ، فكان من المصلحة العامة تضمينهم ترجيحاً للمصلحة العامة .

وذكر أبو المعالي أن مالكاً كثيراً ما يبيني مذهبه على المصالح ، وقد قال : إنه يقتل ثلث العامة لمصلحة الثلثين .

المازري : وهذا الذي حكاه أبو المعالي صحيح .

وقوله : (بِأَجْرٍ أَوْ بغيرِ أَجْرٍ) ظاهر ، ولو قيل بعدم الضمان إذا كان بغير أجر ما بعد ؛ لما تقدم أن عبد الوهاب وغيره نصوا على أن القابض لمنفعة ربه فقط لا يكون عليه ضمان ، وقوله : (بِصْنَعِهِ) كما لو ادعى أن سارقاً سرقه .

ابن رشد^(١) : الضمان بسبب الصنعة إنما هو إذا لم يكن فيها تغيير ، وأما إذا كان فيها تغيير كثقب اللؤلؤة ونقش الفصوص وتقويم السيوف وإحراق الخبز عند الفرن والغزل في قدر الصباغ فلا ، إلا أن يعلم أنه تعدى فيها وأخذها على غير وجه مأخذها ، ونحوه لابن المواز .

وقوله : (إِذَا انْتَصَبَ لِلصَّنْعَةِ) شرط في الضمان ثلاثة شروط أو شرطاً مركباً من ثلاثة أجزاء :

الأول : أن ينصب نفسه للصنعة بخلاف الأجير الخاص للرجل والجماعة دون غيرهم ، والصانع الخاص الذي لم ينصب نفسه للصنعة فلا ضمان على هؤلاء ؛ لأن التضمين إنما كان للمصلحة العامة وقيد بعضهم إذا عمله بغير أجر وإلا فيضمن .

ابن يونس : وحكى هذا القائل أنه منصوص للمتقدمين ، وقد نقل عبد الحق^(٢) وغيره عن القرويين القولين ؛ أعنى : هل الضمان على من لم ينصب نفسه للصنعة مطلقاً أو بشرط أن لا يأخذ أجره ؟ ونقل بعضهم الاتفاق على الثاني .

المازري : واختلف إذا كان هذا الصانع الذي لم ينصب نفسه عمل بغير أجر ؛ فقال

(١) « المقدمات » (١/٤٧٤) .

(٢) « النكت والفروق » (٢/٩٧) .

عيسى : لا ضمان عليه ، وقيل : يضمن ، والصواب أنه يضمن وهي رواية رأيتها للمتقدمين .

الشرط الثاني : أن لا يكون في بيت رب السلعة ، وإلا فلا ضمان عليه جلس معه أم لا بأجر أم لا .

ابن حبيب : لأنه هنا أجبر خاص .

الشرط الثالث : أن لا يكون رب السلعة ملازمه ، وإلا فلا ضمان عليه ؛ لأنه بحضوره معه يشبه الصانع الخاص .

وقد حكى اللخمي في هذا خلافاً فقال : اختلف إذا عمله الصانع في حانوته بحضرة صاحبه ، فقال محمد : القول قول الصانع في تلفه ، وفي «الواضحة» في مثل ذلك : إنه ضامن ، وليس بحسن .

ونوزع اللخمي فيما ذكره عن «الواضحة» ؛ لأن الذي فيها وفي «العتبية»^(١) : إذا جاءه بثوب يكمد له فكمد مع رب الثوب فأصابه خرق ، فإن كان من فعل ربه لم يضمن وإن كان من فعل الكماد فهو ضامن ، وإن جهل بينهما يكون على الكماد نصف ما نقصه ، وإن انفرد الصانع بالكمد فعليه الضمان وإن لم يفرط ، فقليل : إنما ضمانه هنا بالفساد وتلف مال الغير الذي يستوي في ضمانه العمد والخطأ فلا يكون الصباغ كذلك .

ابن رشد^(٢) : وقوله : (وإن جهل) معناه : أنهما قالا : لا ندري من عمل من هو ، وأما إن ادعى كل واحد منهما على صاحبه فالحكم أن يحلفا ، فإن حلفا أو نكلا ضمن الصانع النصف ، فإن حلف أحدهما ونكل الآخر عمل على قول الخالف ، قال : ولا بد من أن ضمان الكماد بحضرة رب الثوب على ما قاله ابن القاسم ولا يستقيم .

قال : وإذا حضر عمل متاعه أينما كان فلا ضمان على الصانع ، وإن كان العمل في موضع الصانع .

ابن رشد^(٣) : وقاسه على حامل الطعام وما أصاب ؛ لأن حامل الطعام ضمن للتهمة ، فحضور ربه معه رافع لها ، وإفساد الثوب قد علم أنه من الكماد .

(١) «البيان والتحصيل» (٤/٢٤١) .

(٢) «المقدمات» (١/٤٧٤) .

(٣) «المقدمات» (١/٤٧٤) .

وقوله : (مَا لَمْ يَكُنْ مُلَازِمَهُ) يريد الإفساد مسألة الكماد ، وانظر هل يأتي على ما تقدم لأشهب من الضمان مع البينة الضمان هنا ، لأن التهمة فيهما متتفية ، فإذا ضمنه في إحداهما فكذلك في الأخرى أولى ؛ لأن التلف في مسألة الحضور مقطوع به ، بخلافه في البينة فإنه مظنون وتردد في ذلك بعض الأشياخ .

وقوله : (وَإِنْ كَانَ أَحَدُهُمَا) إما كون الصانع في بيت رب السلعة ، وإما ملازمة ربها . (فَأَمِينٌ) أي : فالصانع أمين ولا ضمان عليه .

و (كَانَ) تامة ، وفي كلامه حذف مضاف تقديره : فإن حصل نقيض أحد الأمرين - بحصول أحدهما ، فإن لم يكن في بيت ربها أو لم يكن ربها ملازماً له - مقتضي للضمان ، وفي بعض النسخ : (أحدها) فيعود على الثلاثة .

وَالْوَاجِبُ قِيَمَتَهُ يَوْمَ دَفَعَهُ

لما ذكر الضمان وشرطه تكلم على زمانه ، تصور كلامه ظاهر .

قال في « المدونة »^(١) و« الواضحة » : وليس لربه أن يقول أؤدي الأجرة وأخذ قيمته معمولاً .

قال في « المقدمات »^(٢) : إلا أن يقول الصانع : إنه تلف بعد العمل ، فيكون لربه أن يؤدي إليه أجرة عمله ويضمنه قيمته معمولاً .

قال : وهذا على القول : إن البينة إذا قامت على تلفه معمولاً أنه يلزمه أداء الأجرة وتكون مصيبته منه ، وهذا أحد قولي ابن القاسم في « الموازية » .

وخرج جماعة قولاً بلزوم القيمة لآخر يوم رثي عنده على القول به في الرهن ، واختلف في الخياط يقطع الثوب ثم يغيب عليه ، ففي « الموازية » : عليه قيمته صحيحاً قبل قطعه ، ولو كانت شقة فقطع منها ثوبين وادعى ضياع أحدهما كان عليه نصف الشقة صحيحة لا قيمة نصف صحيح .

وقال ابن القاسم في « مختصر ما ليس في المختصر » : يغرّم قيمته مقطوعاً .

للخمي : ويختلف على هذا إذا أفسد الخياط بالخياطة أو القطع ، فعلى ما في

(١) « تهذيب المدونة » (١٣٨/٣) .

(٢) « المقدمات » (٢٠٣/٢) .

«المدونة»: يغرم قيمته صحيحاً في الوجهين ، وقال ابن شعبان : إن كان الفساد في القطع غرم قيمته صحيحاً ، وإن كان في الخياطة غرم قيمته مقطوعاً .

اللخمي : وهو فقه حسن ؛ يعني : فيغرم قيمته على الوجه الذي أفسده عليه .

قال في «المدونة»^(١) : وإذا فرغ الخياط أو الصانع من عمل ما في يده ، ثم دعا صاحب المتاع ، فقال : خذ متاعك ، فلم يأت حتى ضاع المتاع عند الصانع ، هو ضامن على حاله .

للخمي : يريد أنه لم يحضره ، ولو كان أحضره ورآه صاحبه مصنوعاً على صفة ما شارطه عليه وكان قد دفع الأجرة ثم تركه عنده فادعى ضياعه لصدق ؛ لأنه خارج عن حكم الإجارة إلى حكم الإيداع ، ونص أبو الحسن على أنه وفاق للمذهب .

وَلَوْ قَامَتْ بَيْنَهُ فَبِي سُقُوطِهِ قَوْلَانِ لِابْنِ الْقَاسِمِ وَأَشْهَبَ

أي : فإن قامت بينة على تلفه عند الصانع من غير صنعة ، ففي سقوط الضمان على الصانع قولان :

مذهب ابن القاسم وروايته عن مالك : السقوط ، ومقابله لأشهب بناء على أن الضمان للتهمة وهي زالت بقيام البينة أو بالأصالة .

فرع :

قال في «المدونة»^(٢) : ويضمن القصار قرض الفأر ؛ إذ لا يعرف ولو علم أن الفأر قرضه من غير تضييع وقامت بذلك بينة لم يضمن .

محمد : إذا لم يضيع .

وقال ابن حبيب : إذا ثبت بالبينة أن الذي أصاب الثوب قرض فأر أو لحس سوس وهو بيد صانع أو مرتهن لم يضمن ، ولو قال رب الثوب : إنها ضيعة ، وأنكرا ذلك صدقاً ، فعلى رب الثوب البينة أنهما ضيعة ؛ لأن قرض الفأر والسوس أمر غالب والتعدي لا يلزم بالدعوى .

(١) «المدونة» (٣٨٨/١١) .

(٢) «المدونة» (٣٨٨/١١) .

ابن يونس : وظاهر «المدونة» أن عليه البينة أنه ما ضيع ؛ لأن الثوب بيده على الضمان فلا يخرجها إلا البينة ، وقد تقدم الكلام على إحراقه أو إحراق بعضه إذا احترق منزله في الرهن .

وَعَلَى سُقُوطِهِ : فَفِي سُقُوطِ الْأَجْرَةِ قَوْلَانِ لِابْنِ الْقَاسِمِ وَابْنِ الْمَوَازِ

يعني : ويتفرع على سقوط الضمان إذا قامت البينة بهلاكه مصنوعاً في سقوط الأجرة قولان ؛ فابن القاسم يسقطها ومحمد لا يسقطها ، وحكاية المصنف الخلاف في الأجرة يستلزم أن تكون البينة قامت على هلاكه مصنوعاً كما قلنا ؛ إذ هو المحل الذي يسقط ضمان الصانع ، والنقل أيضاً كذلك فرأى ابن القاسم أن الصانع لم يسلم الصنعة لرب السلعة ، ولا يستحسن الأجرة إلا بالتسليم .

ورأى محمد أن وضع الصنعة في السلعة كوضعها في يده .

وزاد في «البيان»^(١) ثالثاً : بالفرق بين قيام بينة وعدمه ، ورابعاً : أن عليه الأجرة ، سواء قامت بينة على ضياعها قبل العمل أو لا ، ويؤدي قيمته معمولاً ؛ أخذه من قول ابن القاسم في «العتبية» : إذا نقص الدقيق فعلى الطحان ضمان ما ينقص مثل قيمته من الدقيق .

ابن رشد^(٢) : وهو خلاف مذهبه في «المدونة» ولا يجوز على مذهبه فيها أن يأخذ ما نقصه من الدقيق لما يدخله من التفاضل بين القمح والدقيق ؛ إذ الواجب عليه ما نقصه من القمح فإن كان القمح مثلاً ثمانية أفضرة ويزيد بالطحن قفيزاً ، فلم يجد إلا ثمانية فعليه ثمانية أتساع قفيز من قمح وعليه طحنه ويأخذ جميع أجرته ، وإن لم يطحنه أنقصه تسع الأجرة فلو أخذ منه على هذا دقيقاً لكان قد ابتاع منه قفيز دقيق بثمانية أتساع قفيز من قمح وبتسع الأجرة فيدخله التفاضل .

وَلَوْ شَرَطَ نَفْيَ الضَّمَانِ فَفِي انْتِفَاعِهِ بِهِ رَوَايَتَانِ

ضمير (شَرَطَ) عائد على الصانع ، وضمير (انْتِفَاعِهِ) عائد على الضمان ، وفي بعض النسخ (وفي انتفائه) فيعود الضمير على الصانع .

(١) «البيان والتحصيل» (٢٢٦/١١) .

(٢) «البيان والتحصيل» (٢٢٦/١١) .

(رَوَيْتَانِ) روى ابن القاسم أنه لا ينفعه شرطه وبما قال [قاله] (١) في «الجواهر» (٢) .
وروى أشهب أنه ينفعه ولم يذكر صاحب «النوادر» (٣) والباجي وصاحب «المقدمات» (٤)
ذلك على أن أشهب رواه ، بل على أنه قاله .

نعم ، تقدم في الرهن أن أشهب روى عدم الانتفاع بالشرط فيه والباب واحد ورأيت
للخمي وغيره أن هذا الخلاف إنما هو في الصانع الواحد ، وأما لو اشترط الصانع كلهم
نفي الضمان فيتفق على أنهم لا يوفى لهم بذلك ؛ لأن في الوفاء لهم عدم ما تقدم من
الدليل .

واعلم أن بعض شيوخنا قال لمن اشترط نقل الضمان من محل إلى محل غيره : فلا
يخلو من ثلاثة أقسام : إما أن يكون المحل استقر فيه الضمان لم يختلف فيه أحد من
العلماء أنه محل له فهذا لا يجوز نقله بلا خلاف ، أو يكون فيه خلاف في المذهب
كالغائب والمحبوسة بالثمن فهذا لا خلاف في جواز نقل الضمان من أحد المحلين إلى
الآخر .

وإما أن يكون متفقاً عليه في المذهب ، وفيه خلاف خارجي كالصانع فهذا وشبهه فيه
قولان ، وعلى هذا فلا يعد أن يختلف في المسألة وإن اشترط الصانع كلهم نفي الضمان ،
فانظره .

أَمَّا لَوْ بَاعَهُ دَقِيقَ حِنْطَةٍ عَلَى الْكَيْلِ وَعَلَيْهِ طَحْنُهَا فَالضَّمَانُ عَلَى الْبَائِعِ

(فَالضَّمَانُ) أي : على البائع وإن قامت البينة على التلف اتفاقاً ، وحاصله : أن ما
تقدم من سقوط الضمان إذا قامت البينة على الهلاك إنما هو فيما ليس فيه حق توفية بعد
الصنعة وأما ما فيه ذلك فيتفق على أن الضمان منه ، ولهذا أتى بـ (أَمَّا) المشعرة بالتفصيل .
ابن عبد السلام : وهذه المسألة إذن لا إشكال فيها وإنما كان ينبغي أن يذكر إذا باع حنطة
على أن للبائع طحنها ، فهذا إذا قلنا بالجواز يمكن أن يقال : إنه بيع وإجارة ، وهل يضمه

(١) في ط : قال .

(٢) «الجواهر» (٦٧/٣) .

(٣) «النوادر والزيادات» (١١٤/٩) .

(٤) «المقدمات» (١٣٠/٢) .

مطلقاً أو يفرق فيه ؟ وإن ضاع بيينة سقط الضمان ، وإن كان بغير بيينة وجب الضمان والمنصوص وجوب الضمان من البائع فهذا هو محل الإشكال والتنصيص عليه أولى .

وَأَمَّا غَيْرُ مَحَلِّهَا بِالْحَاجَةِ كَالْكِتَابِ لِلنَّسْخِ ، وَالْجَفْنِ يُصَاغُ عَلَى نَصْلِهِ ، وَظَرْفِ الْقَمْحِ - فَقَوْلَانِ ...

ضمير (محلّها) عائد على الصنعة والباء سببية ؛ أي بسبب الحاجة ، واحتترز به مما لا يحتاج الصانع إليه في عمله كدفع زوجي خفّ ليعمل في أحدهما فإنه اتفق على أنه لا يضمن إلا المصنوع .

قال في «البيان»^(١) : اختلف في صفة تقويم المضمون فقيل : يقوم وحده ، وقيل : يقومان جميعاً ، ثم يقوم الثاني وحده فيغرم ما بين القيمتين ومنشأ القولين اللذين ذكرهما المصنف : هل الحاجة إليه تصيره كالمصنوع أو لا ؟ وحكى في «البيان»^(٢) ثلاثة أقوال :

الأول : لا يضمن إلا ما فيه عمل وإن كان يحتاج إليه الصانع والمصنوع ، وهو قول سحنون .

والثاني : أنه يضمنه فيهما ، وهو قول ابن حبيب .

والثالث : أنه لا يضمن ما ليس فيه عمل وإن احتاج إليه الشيء المعمول ، إلا أن يحتاج إليه في عمله ، وهو قول مالك في سماع أحمد بن خالد ، وقول ابن المواز .
وقول المصنف : (يُصَاغُ عَلَى نَصْلِهِ) قيد الصياغة بأن تكون على النصل ، فإنها لو كانت على الجفن لكان محلاً للصنعة فكان الصانع يضمنه ولا يأتي هذا الاختلاف فيه .

وَالْأَجْرَاءُ وَالصَّنَائِعُ تُحْتِ يَدِ الصَّانِعِ أَمْنَاءُ لَهُ

يعني : إذا كان للأجير أجراء أو صناع تحت يده فتلف بأيديهم شيء بغير تعدّ فلا ضمان عليهم ؛ لأنهم صناع له خاصة ، واحتترز بقوله : (تَحْتِ يَدِهِ) مما لو غابوا على السلع فإنهم يضمنون .

(١) «البيان والتحصيل» (١١/٢٢٧) .

(٢) «البيان والتحصيل» (١١/٢٢٧) .

فقد نص أشهب في «العتبية» و «الموازية»: أنه لو أكثر الثياب على الغسال ، فأجر آخر يبعثه بها إلى البحر فادعى تلفها أنه ضامن .

ابن ميسر : وذلك إذا أجره على غسل أثواب فقاطعه ؛ أي كل ثوب بكذا ، وأما إن كان في إجارته يوماً أو شهراً فدفع إليه شيئاً يعمله في داره وغاب عليه فلا ضمان عليه .

ابن يونس : وإنما يضمن أجير الصانع هنا ؛ لأنه كصانع دفع إلى صانع ما استعمل عليه ، وفي «الموازية» في الخياط يدفع إلى الصبيان المتاع يمضون به إلى ديارهم ليتموها بالليل فيدعون الضياع أنهم لا ضمان عليهم .

ابن ميسر : معنى ذلك أنهم عملوا جملها في الدكان بحضرة الصانع وبقي اليسير فانسحب عليهم حكم الأكثر في نفي الضمان .

قال في «الموازية» و«العتبية» : وإذا دفع ربُّ الثوب إلى الصانع إجارته فلم يدفع الصانع الأول للثاني إجارته فلب الثوب قبض الثوب من الثاني بغير إجارة ، ويتبع الثاني الأول إذا ثبت دفع رب الثوب إليه .

بعض القرويين : والأشبه في القياس ألا يأخذ رب الثوب ثوبه من الثاني إلا أن يدفع إليه إجارته ؛ لأنه ليس مستحقاً لعين الصنعة فيأخذها بغير شيء .

ابن ميسر : وإن لم تقم بينة أنه دفع الأجرة للأول فليحلف الثاني أنه ما قبض أجرته ويكون على ربها الأقل من أجرة مثله أو من إجارة الأول ، فيتبع هذا الهارب بينة أجرته .

قال في «الموازية» : ثم إن قدم الأول فأقر بقبض أجرته فليرجع الغارم على الثاني بما قبض منه .

الشيخ أبو محمد : وهذا غير مستقيم ولا تقبل دعوى القادم على المقيم إذا كان القادم عديماً .

ابن رشد : وقول الشيخ صحيح ، ولم ينص ابن المواز على أنه يرجع على الثاني لإقرار القادم إن كان عديماً فينبغي أن يحمل قوله على ما يصح إذا كان مليئاً ، قال : وقول محمد : «يحلف الثاني ويأخذ الأقل» صحيح ، وكذلك لو أقر صاحب المتاع أنه لم يدفع إلى الأول شيئاً ، قال : وهذا إذا علم بما استؤجر له أو أقر بذلك الثاني ، وأما إن لم يكن

كذلك فلا سبيل إلى أخذ المتاع إلا بعد أن يدفع إليه جميع إجارته إن علمت وإن لم تعلم فيتخرج ذلك على قولين :

أحدهما : أن القول قوله في مبلغها مع يمينه إذا أتى بما يشبهه وإن لم يأت بما يشبهه لم يصدقه وله أجره المثل .

والثاني : أنه لا يكون له إلا أجره المثل وإن أشبه ما ادعاه .

وهو الذي يأتي على مذهب ابن القاسم ، قال : وإنما وجب أن يكون للثاني الأقل على صاحب المتاع ؛ لأنه غريم غريمه ، لا من أجل أن السلعة رهن له ؛ إذ ليست برهن فلا يكون له إمساكها ولا يكون أحق بها من صاحبها إن أفلس عند ابن القاسم ، ولذلك لا يكون القول قوله إن ادعى أكثر من إجارة مثله .

قال : وإنما وجب أن يكون لصاحب المتاع أخذه معمولاً ، بل يغرم الثاني إذا كان دفع للأول ؛ لأن العمل على الأول مضمون ، ولو كانت الإجارة على عمل الأول بعينه لما وجب لصاحب المتاع ، ولو كان قد دفع الأجر للأول إلا أن يعلم الثاني بتعدي الأول ، قال : وهو الذي يأتي على أصولهم ولا أعلم فيها نصاً .

وَأَمَّا أَجِيرُ حَمَلٍ - غَيْرِ الطَّعَامِ - فَإِنْ غَرَّ فِيهِ أَوْ فَرَطَ ضَمِنَ ، وَإِلَّا فَلَا

لما فرغ من الصانع شرع في أجير الحمل وغيره ، وما ذكره نحوه في « المدونة » ، ففيها (١) وإن قال المكتري في حمل عرض : إنه إن هلك أو سرق أو عثرت الدابة فانكسرت به القوارير فذهب الدهن صدق ، إلا أن يغرم من عثار أو ضعف حبل فيضمن حينئذ . وقوله : (غَرَّ) صادق على الغرور بالقول والفعل .

اللخمي : فإن كان بفعل ضمن ، وإن كان بقول ففيه قولان : هل يضمن أم لا ؟

اللخمي : فإن عرف الحمال ضعف الحبل وربطه فهو غرور بفعل ، وإن سمى الحبل للمكتري فربطه وكان المكتري هو الذي سيرها فهو غرور بقول .

وعلى الضمان فقال ابن حبيب : يلزمه المثل أو القيمة بموضع هلك ، وله من الكراء بحساب ما سار .

ابن يونس : وهو قول ابن القاسم وعلى قول غيره يخير في أن يضمنه قيمته يوم

(١) « تهذيب المدونة » (٣/١٦٦) .

تعدى؛ أو يوم هلك ، وحمل اللخمي قول ابن القاسم على معنى قول الغير ؛ لأنه قال :
وقال ابن القاسم فيمن حمل دهنًا من مصر إلى فلسطين وانكسر بالعريش وكان قد غر من
الدواب: إن عليه قيمته بالعريش ؛ لأنه قال : قيمته بالعريش ضعف قيمته بالفسطاط
والإنسان لا يختار إلا الأكثر .

وَفِي حَمْلِ الطَّعَامِ يَضْمَنُ مُطْلَقًا إِلَّا بَيِّنَةً أَوْ يَصْحَبُهُ رَبُّهُ ، وَقَالَ بِهِ الْفُقَهَاءُ السَّبْعَةُ

قوله : (مُطْلَقًا) أي : لا فرق في الأقوات والإدام ، بل يضمن جميعها على المشهور
لسرعة الأيدي إليه خلافاً لابن حبيب كما سيأتي ، ويحتمل أن يريد بالإطلاق سواء فرط
أم لا ؛ يعني : ولا تفصيل فيه كما في غير الطعام ، وظاهر قوله : (يَضْمَنُ مُطْلَقًا) لأنه
لا فرق في ذلك بين السفر والحضر .

اللخمي : وهو المعروف ، وقول ابن كنانة : لا ضمان عليه في المدينة ؛ لأنه في المدينة
قادر على أن يصحبه من غير ضرورة .

(إِلَّا بَيِّنَةً) أي : فإن الضمان يسقط بها .

وقوله : (أَوْ يَصْحَبُهُ رَبُّهُ) ثبت في بعض النسخ وسقط من بعضها ؛ لأنه يؤخذ الحكم
فيه من باب مفهوم الموافقة ، فإن هلاكه بحضرة صاحبه أقوى في البراءة من هلاكه بحضرة
البينة .

وحكى اللخمي الخلاف في الضمان إذا حمّله في البحر ولو صحبه ربه فقال : واختلف
إذا حمّله في السفر ببحر وصاحبه معه أو لم يكن معه صاحبه ، وليس الطعام مما تدعو
الحاجة إليه في الغالب .

فالمعروف من المذهب أنه غير مصدق إذا غاب عليه وإذا حمّله في البلد ، خلافاً لابن
كنانة قال : وإن صحبه في البحر ثم نقص أو ذهب بعضه ، صدق عند مالك ، وفي أكرية
السفن أنه غير مصدق .

ابن عبد السلام : قال بعضهم : إلا أن تلجئ قوماً ضرورة إلى من يخاف على الطعام
معه فيستأجروه تقاية لشره وليدفع شر قوم آخرين فيضمن ، أو تعلن منه الجناية فيضمن .

اللخمي : وأرى أن يضمن الذي يحمل القمح والشعير والقطاني وما أشبه ذلك وإن
صحبه ربه إذا نقص ؛ لأنه قد علم منه السرقة ، ونص قول ابن حبيب : وإنما يضمنون من

الطعام الإدام ما كان قوتاً خاصة فمن ذلك القمح والشعير والدقيق والسلت والذرة والدخن والعلس والكرسته ، وليس الأرز من ذلك لأنه مما يتفكه به .

أبو محمد : لعل هذا في غير بلد الأرز وإلا فبعض البلدان هو جل قوتهم .

قال : يضمن الفول والحمص والعدس واللوييا والجلبان ، ولا يضمنون الترمس ؛ لأنه متفكه ، ولا يضمنون من الإدام إلا الزيت والعلس والحل والسمن .

وأما الرُّبُّ والأشربة الحلال والجبن واللبن والزبد وسائر اللحم والأبزار فلا يضمنونه ، ولا يضمنون من خضر الفواكه ورطبها ويابسها إلا التمر والزبيب والزيتون ، ويضمنون الملح ، ولا يضمنون شيئاً من الأدهان وكل ما لا يضمنونه فهم مصدقون في تلفه كالعروض ، وأنكر هذا التفصيل جماعة .

ابن يونس : وهو استحسان قوله : (وَقَالَ بِهِ) ؛ أي بالضممان في الطعام (الْفُقَهَاءُ السَّبْعَةُ) .

زاد ابن شاس^(١) وريعة : وذلك لمصلحة العامة لاحتياج الناس إلى حمله وسرعة يد الحامل إليه ، فيضمنون كالصناع .

تنبيه :

قوله : (أَوْ يَصْحَبُهُ رَبُّهُ) لا يشترط دوام الصحبة فقد قال أصبغ في «الموازية» : إذا فارق رب الطعام حامله في بعض الطريق لم يضمن .

وعلله محمد بأن أصل حمله لم يكن على التسليم .

ونقل ابن يونس عن بعضهم أنه فصل فقال : إن فارقه على أن يعود فكذلك ، وإن كان على أن لا يعود فعليه الضمان .

وَأَمَّا أَجِيرُ الْحِرَاسَةِ فَلَا يَضْمَنُ شَيْئاً

أي : ولو كان طعاماً أو مما يغاب عليه هكذا نص عليه ابن المواز وغيره .

ابن المواز : وكذلك لا ضمان عليه إذا أعطاه طعاماً يبيعه فيضيع أو يضيع ثمنه ، إلا أن هذا لا أجر له ولا ضمان عليه .

قال : وإن استؤجر ليحرس بيتاً فينام فيسرق ما فيه ، فلا يضمن وإن غاب عليه ، وله جميع الأجرة وكذلك حارس النخل .

وقال مالك في «العتبية»^(١) فيمن بعثت معها بخادم يبلغها موضع كذا بأجر مسمى فنام في الطريق فأبقت أو ماتت: فإن أبقت حوسب ، وإن ماتت فله الأجرة كلها ، وقال ابن القاسم : الموت والإباق واحد وله الأجرة كلها ، ويستعمل في مثل ذلك حتى يتم أو يبلغ وقال ابن وهب : له من الإجارة حيث بلغ فقط .

فرع :

واختلف قول مالك في ضمان السماسرة .

ابن رشد^(٢): والذي أفتى به على طريق الاستحسان مراعاة للخلاف تضمينهم ، إلا أن يكونوا مشهورين بالخير .

ابن راشد^(٣): ورأيت بعض قضاة الإسكندرية ضمن السماسرة ، وكأنه ذهب إلى أن ذلك من مصالح الناس العامة لفساد الزمان .

وَالْحَمَّامِيُّ أَمِينٌ عَلَى الثِّيَابِ ، وَقِيلَ : يَضْمَنُ
(الْحَمَّامِيُّ) : مكترى الحمام .

ابن راشد : والأول قوله في «المدونة» ، والثاني قوله في «الموازية» : يضمن إلا أن يأتي بحارس ؛ ونحوه في «العتبية» ؛ لأن فيها : وقد أشرت على صاحب السوق أن يضمن أصحاب الحمامات ثياب الناس ، أو يأتوا بمن يحرسها .

ابن يونس : ورأيت في بعض الحواشي عن ابن عبد الحكم مثله ، وزاد : وأن لا ضمان على من يحرسها .

وأما حارس الثياب ففي «البيان»^(٤): إن أكره صاحب الحمام بأجرة في ذمته فلا خلاف في نفي الضمان إلا أن يضيع أو يفرط ، وإن كان بأجرة يأخذها من الناس ، فقال مالك : لا ضمان عليه .

ابن لبابة : وما سواه خطأ ، وضمنه ابن حبيب ، واختار اللخمي نفي الضمان عن الحمامي والحارس ولو دفع له أجرة ؛ لأنه حيثئذ كالمودع يدفع له أجرة على أمانته .

(١) « البيان والتحصيل » (٨ / ٥١٠) .

(٢) « البيان والتحصيل » (٨ / ٥١٠) .

(٣) « البيان والتحصيل » (٨ / ٥١٠) .

(٤) « البيان والتحصيل » (٨ / ٥١١) .

ابن القاسم : ولو قال الحارس : جاءني إنسان فشبته بك فدفعت إليه الثياب ، ضمن .
اللخمي : وكذلك يضمن إن رأى إنساناً يأخذ ثيابك فيتركه ظناً منه أنه أنت .

وَكُلُّ مَنْ أَوْصَلَ نَفْعًا عَنْ عَمَلٍ أَوْ مَالٍ بِأَمْرِ الْمُتَنَفِّعِ أَوْ بغيرِ أَمْرِهِ مِمَّا لَا بُدَّ لَهُ مِنْهُ بِغُرْمٍ
فَعَلَيْهِ أَجْرَةُ الْعَمَلِ وَمِثْلُ الْمَالِ ، بِخِلَافِ عَمَلٍ يَلِيهِ بِنَفْسِهِ أَوْ بَعْدَهُ أَوْ مَالٍ يَسْقُطُ مِثْلُهُ عَنْهُ ...
(أَوْصَلَ) يريد : ولو بغير قصد ، كما قالوا في من حرث أرض غيره ظاناً أنها أرضه ،
وقوله : (عَنْ عَمَلٍ أَوْ مَالٍ) تبين للنفع ؛ مثال العمل : لو حرث لرجل كرمه أو سقى
حرثه أو أرضه أو حصد زرعاً أو قطع ثوبه وخاطه أو طحن قمحه بغير أمره ، ومثال المال :
لو أنفق على زوجته أو ولده أو عبده ، وسواء كان ذلك (بِأَمْرِ الْمُتَنَفِّعِ أَوْ بغيرِ أَمْرِهِ) بشرط
أن يكون ذلك الواصل مما لا بد منه للمتفع به .

وقوله : (بِغُرْمٍ) شرط فيما يرجع به ، واحترز به من أن يعمل له عملاً لا يحتاج إليه أو
يتولاه صاحبه بنفسه ، فلا غرم ، أو ينفق على من لا يلزمه الإنفاق عليه ، أو ينفق أكثر
من القدر المحتاج إليه .

المازري : ولا خلاف فيه إذا كان ربه ممن يتولاه بنفسه ، وإلا فقد ذكروا خلافاً فيمن
خاط ثوب غيره بغير إذنه .

فقال سحنون : يأخذه ربه ولا شيء عليه لخياطة هذا الفضولي .

وقيل : لا يأخذه حتى يغرم لهذا الأقل من قيمة خياطته أو ما يخيظ به هو .

وقوله : (فَعَلَيْهِ أَجْرَةُ الْعَمَلِ) أي : قيمة المنفعة ، ومثال المال هو ظاهر إن كان من
ذوات الأمثال .

ابن عبد السلام : وإن كان من ذوات القيم ، فيحتمل أن يقال عليه القيمة .

وقوله : (بِخِلَافِ عَمَلٍ يَلِيهِ بِنَفْسِهِ أَوْ بَعْدَهُ) راجع إلى قوله : (بِغُرْمٍ) أي : بخلاف ما
إذا كان المتفع لا يغرم عليه شيئاً ، بل يليه بنفسه أو بعبده ، فإنه لا يغرم على ذلك شيئاً .

مسألة :

قوله تعالى : ﴿ فَأَعِينُونِي بِقُوَّةٍ ﴾ [الكهف: ٩٥] إلى قوله : ﴿ أفرغ عليه قطراً ﴾

[الكهف: ٩٦] دليل على جواز الغرم على القبيلة في دفع ضرر يعمهم واستخدامهم في
ذلك ، وكذلك مصالحهم أجمع .

التَّزَاعُ: لَوْ قَالَ الْمَالِكُ: سُرِقَ، وَقَالَ: اسْتَصْنَعْتَنِي، فَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ: يَتَحَالَفَانِ وَيُقَالُ لِلْمَالِكِ: ادْفَعْ قِيمَةَ الْعَمَلِ، فَإِنْ أَبِي قِيلَ لِلصَّانِعِ: ادْفَعْ قِيمَةَ الْمَتَاعِ بِغَيْرِ عَمَلٍ، فَإِنْ أَبِي كَانَا شَرِيكَيْنِ بِالْقِيمَةِ وَالْعَمَلِ، وَقَالَ غَيْرُهُ: الْعَامِلُ مَدْعٌ...

لما فرغ من أركان الإجارة وأحكامها شرع في الاختلاف ، وتصور المسألة من كلامه ظاهر فرأى ابن القاسم في «المدونة»^(١) : أن لا مزية لأحدهما على الآخر ، فأوجب التحالف ؛ لأن كل واحد مدعٌ على صاحبه ، ورأى غيره أن صاحب المال أقوى ؛ لأن المال ماله والأصل عدم الغرم .

قال في «المدونة»^(٢) في قول الغير : ولا يكونان شريكين .

صاحب «النكت»^(٣) : وعلى قول الغير يحلف رب الثوب أنه ما دفعه إليه ثم يلزم

الصانع غرم قيمة الثوب جبراً على ما أحب أو كره .

واعلم أن صاحب «النكت» والثونسي واللخمي قيدوا قول ابن القاسم بما إذا أراد رب المال تضمين الصانع ولم يرد أخذ ثوبه ؛ لأنهم قالوا : إن قال رب الثوب : أريد أن أضمن الصانع فإن أطاع الصانع فدفعت قيمة الثوب الأبيض فلا يمين على واحد منهما ، وإن أبي عن ذلك تحالفاً على ما سيأتي ، وأما إن اختار رب الثوب أخذه ويعطي قيمة الصبغ ، فإنك تنظر فإن كانت قيمة الصبغ مثل ما ادعى الصانع ، أو كان ما ادعى أقل أدى ذلك رب الثوب ولا يمين عليه ، وإن كانت قيمة الصبغ أقل مما ادعى الصانع حلف رب الثوب ما دفعه إليه وأدى قيمة الصبغ .

قوله : (قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ: يَتَحَالَفَانِ) الشيخ أبو محمد وغيره : ويحلف رب الثوب أولاً أنه ما استعمله ثم يقال للصانع : ادفع إليه قيمة ثوبه وإلا فاحلف أنه استعملك ، فإن حلف قيل لربه : ادفع إليه قيمة عمله وحده .

وهذا معنى قوله : (وَيُقَالُ لِلْمَالِكِ: ادْفَعْ إِلَيْهِ قِيمَةَ الْعَمَلِ) وبقية قول ابن القاسم من

كلام المصنف ظاهرة .

(١) «المدونة» (٤٥٢/١١) .

(٢) «المدونة» (٤٥٢/١١) .

(٣) «النكت والفروق» (٩٨/٢) .

فَلَوْ قَالَ الْمَالِكُ : أَوْدَعْتُكَ ، فَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ : الْقَوْلُ قَوْلُ الصَّانِعِ وَإِلَّا ذَهَبَتْ أَعْمَالُهُمْ؛ لِأَنَّهُمْ لَا يَشْهَدُونَ ، وَقَالَ غَيْرُهُ : الْعَامِلُ مُدَعٍّ ...

يعني : وقال الصانع : بل استصنعتني ، فرأى ابن القاسم أن الصانع لما كان جلوسه للصنعة كان القول قوله ؛ لأنه أتى بما يشبهه ، والفرق على قول ابن القاسم بين هذه والتي قبلها أن المالك هنا معترف بأنه أذن في وضع يد الصانع ورأى أن الصانع مدعٌّ ؛ لأنه ادعى ملك شيء متصل بملك غيره وأنه باعه من رب الثوب فعليه البيعة ، وقاله ابن حبيب وزاد : وكذلك لو قال ربه : سرق مني ، ويحلف ويأخذ ثوبه مصبوغاً أو مغسولاً بغير غرم إلا أن ينقصه الصبغ أو يفسده ، فربه مخير في أخذه أو تركه وأخذ قيمته ، وإن زاده الصبغ فله أخذه بلا غرم هكذا ذكر ابن يونس .

وذكر في «البيان»^(١) أنه اختلف في تفسير قول الغير ، فقيل : كما ذكره ابن يونس ، وقيل : إنه مدعٌّ في الأجرة فإن ادعى أكثر من أجرة المثل وحلف على ما ادعى عليه لم يستحق بيمينه ما حلف عليه ، ويحلف رب الثوب على ما ادعى فيسقط عنه بيمينه ما زاد على أجرة المثل ، وإن نكل عن اليمين أخذ العامل ما حلف عليه ، وإن نكل العامل عن اليمين وحلف رب الثوب أخذ ثوبه مصبوغاً ولا شيء عليه .

ونحوه لصاحب «النكت»^(٢) وزاد : وليس له أن يضمه ؛ لأنه أقر بوضع يده عليه بخلاف قوله : سرق مني .

وَلَوْ صَاغَ سَوَارِينَ فَقَالَ : أَمْرَتُكَ بِخَلْخَالَيْنِ ، صُدِّقَ الصَّانِعُ

الخلخالين بفتح الخاء : الجوهرى : وخلخل لغة فيه .

(صُدِّقَ الصَّانِعُ) يعني : مع يمينه وكلام المصنف وهو ظاهر «المدونة» أن الصانع إذا حلف أخذ المسمى .

وقال سحنون في رواية أخرى : القول قول الصانع مع أيمانهم ولهم الأقل من أجرة مثلهم أو مما سماوا .

اللخمي : وعلى مذهب سحنون يكون القول قول صاحب الفضة : إنه لم يستأجره

(١) «البيان والتحصيل» (٥١٢/٨) .

(٢) «النكت والفروق» (٩٩/٢) .

ليعمله ، والقول قول الصانع : إنه لم يتعدَّ ، ويكونان شريكين ؛ هذا له قدر الفضة والآخر له قدر الصنعة ، إلا أن يحب صاحب الفضة أن يعطيه إجارة المثل إذا كانت أقل .

فَلَوْ قَالَ الْمَالِكُ بِثَلَاثَةِ وَالصَّانِعُ بِأَرْبَعَةٍ صُدِّقَ الصَّانِعُ فِيمَا يُشْبَهُ بِخِلَافِ الْبِنَاءِ ؛ لِأَنَّهُ غَيْرُ حَائِزٍ لِذَلِكَ ...

يعني : وإن اختلفا في قدر الأجرة ، فإن كان المصنوع تحت يد الصانع صدق الصانع مع يمينه إذا ادعى ما يشبه لبقاء شبهه تحت يده ، فكان بمنزلة من باع سلعة ولم يخرجها فalcول قوله .

وإن لم يأت بما يشبه حلف المالك إن أتى بما يشبه ، فإن أتى بما لا يشبه فللصانع أجرة مثله ، وإن لم يكن المصنوع تحت يده فalcول قول المالك كالبناء ؛ لأنه لم يبق المصنوع بيده بل لم يكن بيده أصلاً وهو تحت يد مشتري الصنعة وقد فات ، فلذلك كان القول قول المشتري .

وَلَوْ اِخْتَلَفَا فِي رَدِّهِ فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمَالِكِ - قَبْضُهُ بِيَمِينِهِ أَوْ بِغَيْرِ يَمِينِهِ - وَقَالَ ابْنُ الْمَاجِشُونِ : إِنْ قَبْضُهُ بِيَمِينِهِ ، وَإِلَّا فَالْقَوْلُ قَوْلُ الصَّانِعِ ...

(القَوْلُ قَوْلُ الْمَالِكِ) لأن الصانع اعترف بقبضه وأدعى رده ، وسواء كان قبضه الصانع بيينة أو بغير بيينة ، وكذلك الرهن والعارية والمبيع على خيار فيما يغاب عليه ؛ لأن هذه كلها مقبوضة على الضمان ، ورأى ابن الماجشون أن المصنوع كالوديعة والقراض .

كتاب الجعالة

الجعالة أركاناً

هي الإجارة على عمل مجهولة النهاية ، والأصل فيه قوله تعالى : ﴿ وَلَمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ ﴾ [يوسف : ٧٢] وحديث الرقبة .

وقوله : (أركاناً) أي : لها أركان :

العاقدان : أهلية الاستئجار ، والعمل

أي : الأول (العاقدان) و (أهلية) خبر ابتداء محذوف ؛ أي : شرطها أهلية الاستئجار ، (وَالْعَمَلُ) أي : من صح له أن يجاعل ومن صح له أن يكون أجيراً صح له أن يكون مجعولاً ، فلا يصح أن يكون الذمي مجعولاً على طلب مصحف .

ولم يصرح المصنف بشروط العاقدين في الإجارة وإنما أحال ذلك على البيع فقال : (العاقدان كالمُتَبَاعِينَ) وعلى هذا فالأحسن أن يشبه المصنف هنا بالمتبايعين ، ولعله أحال على الإجارة لينبه على أن الإجارة أصل وأن الجعالة مستثناة من الممنوع للضرورة .

وَلَا يُشْتَرَطُ فِي الْمَجْعُولِ لَهُ التَّعْيِينُ وَلَا الْعِلْمُ بِالْجَعَالَةِ فَلَوْ قَالَ : مَنْ رَدَّ عَلَيَّ عَبْدِي الْأَبْقَى فَلَهُ دِينَارٌ فَمَنْ أَحْضَرَهُ اسْتَحَقَّهُ؛ عِلْمٌ بِالْجَعْلِ أَوْ لَمْ يَعْلَمْ، تَكَلَّفَ طَلَبَهُ أَوْ لَمْ يَتَكَلَّفْ...
يعني : لا يشترط في المجعول له وهو العامل أن يكون معيناً بخلاف الإجارة فإنه لا يجوز أن يكون الأجير إلا معيناً ، ولا يشترط في المجعول له التعيين .

وقوله : (عِلْمٌ بِالْجَعْلِ أَوْ لَمْ يَعْلَمْ) بيان ؛ لأنه لا يشترط علم المجعول له بالجعالة وهو قول ابن الماجشون وأصبغ وغيرهما ، وذكره ابن حبيب عن مالك ، وقال ابن القاسم في «العتبية»^(١) : إذا قال من جاءني بعبدي الأبقى فله عشرة دنائير فجاء به من سمعه فله العشرة ، وسواء كان شأنه أو لا ، وإن جاء من لم يسمعه لم يكن له ذلك إلا أن يكون ذلك شأنه ، فاشترط ابن القاسم سماع الجعالة فيمن لم تجر عاداته بذلك .

قال في «البيان»^(٢) : وقول ابن القاسم أظهر ؛ لأن الجاعل لما أراد بقوله : من جاء بعبده

(١) «البيان والتحصيل» (٤٦٧/٨) .

(٢) «البيان والتحصيل» (٤٦٧/٨) .

فله عشرة ، تحريض من سمع قوله فلا تجب إلا لمن سمع ، واستحسن اللخمي قول ابن حبيب إذا قال : علمت على الجعل ولم أتطوع ، إلا أنه قال : كان له الأقل من جعل مثله أو ما جعل له سيده .

وقال المازري : إن قال في ملأ من الناس : مسن جاء به فله عشرة ، فأتى به من لم يسمع وهو ممن يطلب الإباق فله جعل مثله ، وإن كان ممن لا يطلب الإباق فهنا قولان : قال ابن القاسم : يدخل في الخطاب لسماعه ، وقال ابن حبيب : لا يدخل إذا كان ممن لا يطلب الإباق ، انتهى باختصاره .

قوله : «وقال بعض الشيوخ» لعله اللخمي فإنه قال : من جاء به من ذلك شأنه ، وقال : لم أعلم تلك التسمية لأن لي طلب مثل ذلك من غير قول السيد ، وإنما أفادني قول سيده المعرفة أن قد ذهب له عبد حلف على ذلك وكان له جعل مثله إذا كان أكثر من المسمى .

وَعَلَيْهِ نَفَقَتُهُ

يعني : وعلى المجعول له نفقة الآبق والشارد في مدة الإتيان به إلى سيده ، وهذا قول ابن القاسم في «العتبية» ، وفي «الموازية» .

ووجهه أن الجعل إنما هو على أن يأتيه به ويوصله إليه فلا يلزم الجاعل عن الجعل . ابن عبد السلام : وفيه نظر ؛ لأن العوض جزء من المعوض وذلك بيع مقترن بالجعالة ، إلا أن يقال : إن ذلك من ضروريات هذا العقد ، ولا يتصور الانفكاك عنه إلا أن يجعل سلفاً من المجعول له يؤديه عنه الجاعل إلى أن يصل إلى سيده الجعل يرد به إلى قاضي الموضع لينظر لسيده بما رآه من سجنه أو بيعه ويحكم له بجعله ، فإن لم يفعله وأرسله بعد أن أخذه ضمن ؛ لأنه أتلفه عليه .

فَلَوْ أَحْضَرَهُ قَبْلَ الْقَوْلِ وَعَادَتُهُ التَّكْسِبُ بِذَلِكَ فَلَهُ أَجْرٌ مِثْلَهُ بِقَدْرِ تَعَبِهِ ، وَإِنْ شَاءَ رَبُّهُ تَرَكَهُ لَهُ وَلَا شَيْءَ لَهُ ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ ذَلِكَ عَادَتُهُ فَلَهُ نَفَقَتُهُ فَقَطْ ...

لما تكلم على ما إذا أتى به بعد التزام رب الجعل تكلم على ما إذا أتى به قبل التزام رب الجعل ، وقوله : (فَلَهُ أَجْرٌ مِثْلَهُ) يريد إذا كان ربه ممن لا يتولى ذلك بنفسه كما تقدم وكان لربه تركه ؛ لأن أجرته قد تزيد على قيمة ربه فلو تكلف دفع الأجرة هنا لتضرر بذلك ،

وسقطت الأجرة إذا لم تكن عادته طلب الإباق ؛ لأن الغالب ممن يفعل ذلك الاحتساب بالله تعالى .

وخرج بعضهم فيها خلافاً من الخلاف المتقدم في الإجارة إذا كان ربه لا يتولى ذلك بنفسه ، وإنما يستأجر عليه ، ولم يحكموا بالاحتساب بالنفقة ؛ لأن النفوس لا تخف عليها النفقة بخلاف من المنافع .

فإن قيل : فما الفرق بين النفقة هنا وبين النفقة على اللقيط فإنهم قالوا : لا يرجع بها إذا ظهر له أب ؟

قيل : لأن اللقيط لما كان حراً ولا يعلم له أب فالمنفق عليه لا يدخل على العوض غالباً ، وأما الأبوق فهو مملوك وسيده مليء ولو لم يكن إلا به ، وقال ابن الماجشون فيمن ليس شأنه : لا شيء له ؛ لا نفقة ولا أجرة .

وَلَوْ اسْتَحِقَّ بَعْدَ أَنْ وَجَدَهُ فَالْجُعْلُ عَلَى الْجَاعِلِ لَا عَلَى الْمُسْتَحِقِّ

بعد أن وجده يعني قبل أن يقبضه الجاعل فالجعل على الجاعل ؛ لأنه هو الذي أدخله في العمل .

ابن القاسم في «العينية»^(١) و «الموازية» : ولا شيء به على المستحق .

وقال ابن المواز : الجعل على الجاعل ويرجع على المستحق بالأقل من ذلك أو من جعل مثله ، قال : وقاله من أرضى .

الللخمي : وهو أبين إلا أن يكون المستحق ممن يطلب بنفسه أو بشخص عنده بلا أجرة ، وقيد صاحب «البيان»^(٢) هذا الخلاف بما إذا أخذ المستحق العبد ، قال : وأما إن أجاز البيع وأخذ الثمن فالجعل على الجاعل قولاً واحداً .

وَفِي سَقُوطِهِ بِحُرِّيَّةِ قَوْلَانِ

أي : سقوط الجعل ، وفي بعض النسخ (سَقُوطُهَا) فيعود الضمير على الجعالة ، ومعناه إذا جعل سيد العبد جعلاً على الإتيان به فجاء به شخص فظهر أنه حر ؛ فقال أصبغ :

(١) «البيان والتحصيل» (٥١٥/٨) .

(٢) «البيان والتحصيل» (٥١٥/٨) .

يسقط ولا جعل على أحد ، وقال ابن القاسم : لا يسقط ويكون على الجاعل ، ورأى أن الجاعل هو الذي أدخله في ذلك .

الْجُعْلُ كَالْإِجَارَةِ

أي : يشترط فيه نفي الجهالة كالإجارة ، وأحال المصنف الجعل على الأجرة مع أنه شبه الأجرة بالثمن ، فكل ما جاز بيعه جاز الاستئجار به وجاز أن يكون جعلاً وما لا فلا ، وعلى هذا فيشترط في الجعل أن يكون طاهراً منتفعاً به مقدوراً على تسليمه معلوماً ، واستثنى ابن القاسم على ما نقله صاحب «البيان»^(١) وغيره من هذا مسألتين بجوازه في الجعل دون البيع :

الأولى : أن يجعل على أن يغرس له أصولاً حتى تبلغ حد كذا ثم هي والأصل بينهما ، فإن نصف هذا لا يجوز بيعه .

والثانية : أن يقول : انفض زيتوني ، فما لقطت فلك نصفه .

فَلَا يَجُوزُ بَعْدَهُ وَلَكَّ مِنْ كُلِّ دِينَارٍ قِيرَاطٌ ، وَلَا لَكَ نِصْفُ الْآبِقِ

هذا مفرع على ما قبله فلذلك عطفه بالفاء ، ولم يجز ؛ لأنه لا يعلم بكم دينار يباع فصار الجعل مجهولاً ، وكذلك نصف الآبق مجهول .

قال في «الموازاة» : وأجاز مالك في بيع الثياب أن يقول : بعها ولك في كل ثوب درهم ، ولم يجز في كل دينار درهم .

فَإِنْ نَزَلَ فَلَهُ جُعْلٌ مِثْلَهُ

أي : فإن وقع الجعل في هاتين الصورتين أو في إحداهما على الوجه الممنوع لم يجز ذلك ورد إلى جعل مثله .

وذكر المصنف هذه المسألة ولم يكتفِ بما سيذكره في حكم الجعل الفاسد ؛ لأن في هذه المسألة معنى زائداً ، وهو أنه قال في «المدونة»^(٢) في مسألة الإباق : فإن جاء به فله أجر مثله وإن لم يأت به فلا شيء له ، وظهره أن الواجب له أجر المثل .

(١) «البيان والتحصيل» (٥١٥/٨) .

(٢) «تهذيب المدونة» (١٣٥/٣) .

لكن المحققون على ما قال المصنف أن مراده جعل المثل لقوله : « وإن لم يأت به فلا شيء له » لأن الواجب له أجره المثل ، ولو كان المراد حقيقة الأجرة لوجب له إذا عمل سواء ظهر لعمله فائدة أم لا .

ولعل المصنف ذكر هذا إشارة إلى تأويل مسألة « المدونة » ، واستغنى بتعبيره بالجعل عن قوله في « المدونة » : « وإن لم يأت به فلا شيء له » ، على أن صاحب « البيان » حمل « المدونة » على ظاهرها واستشكلها .

فرع :

فإن ملك العبد في قوله : « ولك نصفه » ، قبل أن يدفع إلى ربه ، ففي « النكت » (١) للمجعول له على الجاعل قيمة عنائه في رجوعه إلى وقت هلاكه ، وللجاعل على المجعول له قيمة نصف عبده يوم قبضه ؛ أي : ويقدر أن المجعول له مشتر له يوم قبضه شراء فاسداً .

وَلَوْ قَالَ : لِوَاحِدٍ دِينَارٌ وَالْآخَرَ دِينَارَيْنِ فَرَدَّاهُ مَعاً فَقَوْلَانِ : يَنْفَرِدَانِ ، وَيَشْتَرِكَانِ

تصوره ظاهر ، وقوله : (فَرَدَّاهُ مَعاً) ؛ أي فجاء معاً به .

وقوله : (يَنْفَرِدَانِ) هو القول الأول أن يكون لكل واحد نصف جعله ؛ فلصاحب الدينار نصفه ولصاحب الدينارين دينار ، وهذا قول ابن نافع ونقله ابن المواز عن ابن عبد الحكم واختاره هو واللخمي وغيرهما .

(وَيَشْتَرِكَانِ) هو القول الثاني ؛ أي في أكثر الجعلين وهما الديناران فيكونان بينهما أثلاثاً لصاحب الدينار الثلثهما ولصاحب الدينارين ثلثاهما ، وهو قول ابن القاسم في « المدونة » ورأى أن الجاعل قد رضي بدفع أكثر الجعلين .

قال في « النكت » (٢) : ولو جعل لأحدهما عشرة وللآخر عرضاً فأتيا به معاً ، فعلى قول ابن نافع : لهذا نصف عشرة ولهذا نصف عرض ، وعلى قول ابن القاسم يقدم العرض فإن سمي خمسة فلصاحب العشرة ثلثاها ويخير الآخر بين أن يأخذ ثلث العشرة أو يأخذ ما يقابل ذلك من العرض وهو ثلثا ذلك العرض من الذي جعل له .

(١) « النكت والفروق » (٨٨/٢) .

(٢) « النكت والفروق » (٨٨/٢) .

الْعَمَلُ : كَعَمَلِ الْإِجَارَةِ إِلَّا أَنَّهُ لَا يُشْتَرَطُ كَوْنُهُ مَعْلُومًا ، فَإِنَّ مَسَافَةَ رَدِّ الْعَبْدِ وَالضَّالَّةِ غَيْرُ مَعْلُومَةٌ ...

فوله : (كَعَمَلِ الْإِجَارَةِ) أي : فيشترط فيه الشروط المقدمة في الإجارة ، واستثنى المصنف كونه معلوماً فلا يشترط هنا ، وعلل ذلك بأن مسافة رد الأبق والضالة غير معلومة . وأورد ابن عبد السلام أن ظاهر كلامه أن المعلومية لا تشترط في جميع أنواع الجعالة وليس كذلك ، فإن مذهب «المدونة» أنه لا يجوز الجعل في حفر بشر إلا أن تختبراً معاً الآخر ، وأجيب بأن حفر البئر قد ذكر المؤلف في آخر الباب أنه متردد بين الجعل والإجارة وبين شروطه هناك .

وَلَوْ وَجَدَ أَسْبَقًا أَوْ ضَالًّا مِنْ غَيْرِ عَمَلٍ فَلَا جُعْلَ لَهُ عَلَى رَدِّهِ وَلَا عَلَى دَلَالَتِهِ لَوْجُوبِهِ عَلَيْهِ ...

ذكر هذا ؛ لأن ما يشترط في الإجارة من كون المنفعة غير واجبة شرط في الجعالة ، وهكذا قال ابن حبيب : من وجد أسبقاً أو ضالاً أو ثياباً فلا يجوز أخذ الجعل على رده ولا على أن يدلّه على مكانه ، بل ذلك واجب عليه ، وعلى هذا فقوله : (لَوْجُوبِهِ عَلَيْهِ) يرد إلى جميع ما تقدم ؛ أي : لوجوب ما ذكر عليه .

ويحتمل أن يكون مشيراً إلى الأكثر فقط ، ويكون علة منع أخذ الجعل على الأول عدم تقدم المنفعة ، وعلى هذا الأخير اقتصر ابن عبد السلام .

قال المازري : وإن أتى رجل إلى ربه عرف موضع الأبق فقال : أعطني ديناراً وأنا أطلبه لك وأنا أخبرك مكانه ، فإن كان ممن لا يطلب ذلك فلا شيء له باتفاق ، وإن كان ممن يطلبهم فقولان : قيل : له الذي سمى ، وقيل : لا شيء له ، وأوجب عليه أن يخبره به وأن يصدقه عليه إن وجده ويأتيه به ، فلا يجوز أخذ الأجرة على ذلك .

والصواب لا شيء له إلا أن يكون سافر أن يخبره لذلك لا لشغل غيره ، فيكون له أجرة تبعه بقدره وهذا معنى كلامه .

وَمِنْ شَرْطِهِ : أَنْ لَا يُقَدَّرَ بِزَمَانٍ وَإِلَّا فَهُوَ إِجَارَةٌ

الضمائر كلها عائدة على العمل ، قال في «المدونة»^(١) : ولا يكون مؤجلاً ، ألا ترى

(١) «تهذيب المدونة» (١١٧/٣) .

أن من قال : بع لي هذا الثوب ولك درهم أنه جائز وقت له في ذلك وقتاً أم لا وهو جعل ، فإن قال : اليوم ، لم يصح إلا أن يشترط أن يترك متى شاء ؛ لأنه إن مضى يوم ولم يبعه ذهب عمله باطلاً ، وإن باع في نصفه أخذ الجعل كاملاً ويسقط عنه بقية عمل اليوم فهذا خطر ، والجعل لا يكون مؤجلاً إلا أن يكون إذا شاء أن يرده ، وقد قال في مثل هذا جائز وهو جل قوله : (وَأِلَّا فَهُوَ إِجَارَةٌ) ؛ يعني وإن قدر بزمان وكان الأجر بتمام الزمان عمل أم لا ؛ لأنه خرج من باب الجعالة ودخل في باب الإجارة .

تنبيه : واختلف في معنى قول سحنون في «المدونة» : «وقال في مثل هذا : إنه جائز» ما هو هذا المثل ؟

فقال ابن أبي زيد^(١) : هو الجعل المؤجل باليوم واليومين من غير شرط أن يترك متى شاء ، وقال ابن القصار : يريد مثل هذا الباب في توقيت الجعل بيوم أو يومين ، ويشترط أن يترك متى شاء ، ويكون أراد بجعل قوله ما في «المدونة» من الجواز ، ويقابله ما رواه عيسى عنه في من قال لرجل : جذ نخلي اليوم فما جذذت فلك نصفه ومتى شئت أن تخرج خرجت لك نصف ما عملت ؛ لا خير فيه .

وقال ابن لبابة : يريد : الإجارة مع اشتراط الترك متى شاء ، وأنه اختلف قوله فيها ، فمرة رأى أنها إجارة جائزة ، ومرة رآها إجارة فاسدة .

وقال صاحب «المقدمات»^(٢) : أما قول ابن أبي زيد فهو خطأ صراح ؛ لأن الجعل إذا سمى فيه أجلاً [ولم]^(٣) يشترط أن يترك متى شاء لم يجز بانفاق ، فكيف يصح أن يقال : إنه جل قوله الذي يعتمد عليه ؟!

وأما تأويل ابن القصار بعيد من لفظ «المدونة» إلا أن معناه صحيح تصح به المسألة ، وأما تأويل ابن لبابة فهو بعيد على ظاهر اللفظ غير صحيح المعنى ؛ لأنها إذا كانت إجارة فهي إجارة ولا وجه لفساده ، وأما معنى المسألة عندي : أن قول ابن القاسم اختلف إذا قال الرجل للرجل : بع لي هذا الثوب ولك درهم ، فقال في الكتاب : إنه جُعل ولا يجوز إلا أن يشترط متى شاء أن يترك ترك ، وله قول آخر : إن ذلك جائز وهو إجارة لازمة لا

(١) «النوادر والزيادات» (١٣/٧) .

(٢) «المقدمات» (٤٤٥/١) .

(٣) في ط : من لم .

جعل ، فإن باع في بعض اليوم كان له من الأجرة بحساب ذلك ، وهذا القول قائم من المدونة وانظر «المقدمات» .

وأجاب بعضهم عن الشيخ أبي محمد: بأنه لا يلزم من ترك اشتراط أن يترك متى شاء عدم الجواز ؛ لأن الترك متى شاء مفهوم من وضع الجعل لا يحتاج إلى اشتراطه .

وَفِي جَوَازِهِ فِي الشَّيْءِ الْكَثِيرِ قَوْلَانِ

أي : في جواز الجعل .

عياض : اشترط عبد الوهاب في الجعل أن يكون في الشيء القليل وخالفه غيره .

وقال في «المقدمات»^(١) : الصحيح أنه جائز في كل ما لا يصح للجاعل فيه منفعة إلا بتمامه قليلا كان أو كثيرا ، [وغير جائز فيما يكون للجاعل فيه منفعة قبل تمامه كان قليلا أو كثيرا]^(٢) وبذلك قال ابن المواز: إن الجعل على حفر الآبار لا يجوز إلا فيما لا يملك من الأرضين ؛ لأن ما يملك من الأرضين إن ترك العامل العمل بعد أن حفر ما ينتفع الجاعل به منها .

لكن أجاز ابن القاسم الجعل في حفرها - وإن كانت في ملك الجاعل - فأما ما حكاه المصنف من القولين في طريقة بعضهم في نقل ، ومنهم من يقول : ما يقبل القلة والكثرة لا يجوز الجعل على كثيره ، وما لا يقبل إلا الكثرة كالمغارة فإن العمل لا يتم فيها إلا بعد سنين فلا تكون الكثرة ما نقله منها ، انتهى .

ابن المواز : ويكون عند مالك وأصحابه الجعل على الشراء فيما قل أو كثر في الحضر والسفر ، لا بأس أن يجعل له على مائة ثوب ليشتريها له دينارا إذا كان ما اشترى له يلزمه ، وأما إن كان يختار عليه ما يشتري فلا خير فيه .

مالك : ولا يضمن المال محمولا إلا أن تعرف منه محاباة أو اشترى غير ما أمره به ، وفي «المدونة» ما يمسك به لما قاله عبد الوهاب من المنع ففيها^(٣) : ولا يجوز الجعل على كثير السلع والدواب والرقيق كالعشرة أثواب ونحوه ، ولا على ما فيه مشقة سفر من قليلها ، لكن أجاز فيها الجعل على شراء الكثير .

(١) «المقدمات» (١/٤٤٧) .

(٢) سقط من ط .

(٣) «تهذيب المدونة» (٣/١١٧) .

وتأوله ابن يونس وعياض وجماعة من القرويين وغيرهم على معنى أنه لا يأخذ شيئا معلوما أو كانت متساوية القيمة أو دخلا على قصد الإجارة على العدد ، ولو كان على القيم لم يجوز ، قال : وأما لو كان لا يأخذ شيئا إلا بشراء الجميع فلا يجوز ، فالجعل على البيع والشراء سواء .

وقيد ابن يونس الجواز في البيع أيضا بما إذا كان على أنه إن شاء أن يترك بقية الثياب ولم يسلم الثياب إليه ، قال : وكذلك الشراء يجوز إذا كان كل ما اشترى أخذ بحسابه وأن يترك متى شاء ، فإن وقع على هذا الشرط جاز في الجميع .

ونحوه في «الموازية» ، ونحوه لابن رشد ، فقال^(١) : وقوله : إن الكثير من السلع تصلح فيه الإجارة ولا يصلح فيه الجعل ، وإنما يريد في البيع خاصة ؛ لأن كثيرا من السلع إذا جاعله على بيعها ودفعتها إليه ، كان الجاعل قد انتفع بحفظه لها مدة كونها بيده ، ولو لم يدفعها لجاز الجعل إذا جعل في كل ثوب منها جعلاً مسمى ، ولزم الجاعل في الجعل في البيع جميعها ، ألا ترى أن الجعل في الشراء على الثياب الكثيرة جائز إذا كان لا يتولى حفظها وكلما ابتاع ثوبا أسلمه إلى الجاعل ، ووجب له فيه جعله ، ولو شرط على المجمعول له أن يسك الثياب وتكون في أمانته وقبضه حتى يتم شراء العدد الذي جاعله عليه لم يجوز للعلة التي قدمناها .

وَفِيهَا : مَا جَازَ فِيهِ الْجُعْلُ جَازَتْ فِيهِ الْإِجَارَةُ وَلَا يَنْعَكِسُ

تصوره ظاهر ، قال في «المقدمات»^(٢) : والأعمال على ثلاثة أقسام : منها ما يصح فيه الجعل والإجارة ، ومنها ما لا يصح فيه الجعل ولا الإجارة ، ومنها ما تصح فيه الإجارة ولا يصح فيه الجعل ، فأما ما يصح فيه الجعل والإجارة فكثير ، من ذلك بيع الثوب والثوبين ، وشراء الثياب القليلة والكثيرة ، وحفر الآبار ، واقتضاء الديون ، والمخاصمة ، والحقوق على أحد قولي مالك ، وروي عنه أن الجعل في الخصومة لا يجوز .

وأما ما لا يصح فيه الجعل ولا الإجارة فنوعان :

أحدهما : ما لا يجوز للمجمعول له فعله .

(١) « المقدمات » (١/٤٤٨) .

(٢) « المقدمات » (١/٤٤٨) .

والثاني : ما يلزمه فعله .

وأما ما تصح فيه الإجارة ولا يصح فيه الجعل فكثير أيضاً ، من ذلك خياطة الثوب وخدمة الشهر وبيع السلع الكثيرة وعلى بيع سلعة ببلد أخرى ، وما أشبه ذلك مما يبقى فيه للجاعل فيه حق منفعة ، وإن لم يتم المَجْعول له العمل ، وهل يشترط في صحته أن يكون للجاعل فيه منفعة أم لا ؟ في ذلك قولان .

وَهِيَ جَائِزَةٌ مِنَ الْجَانِبَيْنِ ، فَإِنْ شَرَعَ لَزِمَ الْجَاعِلَ ، وَقِيلَ : لَازِمَةٌ فِيهِمَا بِالْقَوْلِ ، وَقِيلَ : فِي الْجَاعِلِ ...

اختلف في لزوم عقد الجعالة على ثلاثة أقوال :

الأول : ابن عبد السلام : وهو المشهور أنها جائزة من الجانبين ولكل واحد منهما الإحلال إلا أن يشرع المَجْعول له في العمل فيلزم الجاعل ولا يكون له الانحلال .

الثاني : لازمة بالقول لهما قياساً على الإجارة ، وهذا القول حكاه اللخمي وغيره .

ابن راشد : وهو القياس .

والثالث : أنها تلزم الجاعل بالقول دون المَجْعول ، وهو قوله في «الواضحة» .

وَنَقَدَهُ كَالْخِيَارِ

يعني : ونقد الجعل كالثمن في بيع الخيار .

سحنون : جاز التطوع له ولا يجوز اشتراطه ، والتعليل فيهما واحد .

ابن عبد السلام : وهذا على القول الأول والثالث ، زاد غيره ممن تكلم على هذا الموضوع :

وأما على القول بأنها لازمة لهما بالعقد فيجوز النقد بشرط كالإجارة .

خليل : والظاهر أنه لا فرق ؛ لأنه قد لا يجد الآبق مثلاً فيحتاج إلى رد الجعل .

وَيَسْقُطُ بِالْتَرَكِ إِلَّا أَنْ يَسْتَأْجِرَ الْجَاعِلُ عَلَى الْإِثْمَامِ فَيَكُونُ لَهُ مَا بَقِيَ ، وَقِيلَ : مَا لَمْ يَزِدْ

عَلَى نِسْبَةِ عَمَلِهِ ...

أي : سقط جميع الجعل بترك المَجْعول له تمام العمل ، وقد قال ذلك في الإجارة إذا

هرب الصانع ، المشهور في الإجارة أنها تكرر عليه ، فإن استأجر العامل من أتم العمل

فإن له حينئذ أن يرجع عليه .

قوله : (إِلَّا أَنْ يَسْتَأْجِرَ الْجَاعِلُ) يريد : أو يجاعل ؛ إذ لا فرق بينهما .

وقوله : (فَيَكُونُ لَهُ مَا بَقِيَ... إلخ) يعني : اختلف إذا اكرتى بما يجب للمجعول له ؛ فقال مالك في «العتبية»^(١) : يكون له بنسبة ما بقي ، فإذا جاعله على الإتيان بخشبة بخمسة فحملها نصف الطريق ثم ترك وجاعل عليها ثانياً بعشرة فإنه يكون للأول خمس نسبة جعل الثاني ، واعترضه ابن يونس فقال : الأول قد رضي أن يحملها جميع الطريق بخمسة فكان يجب على هذا أن يعطي نصفها ؛ لأنه إنما حملها نصف الطريق والمغابنة جائزة في الجعل وغيره ، وإلى هذا الاعتراض أشار التونسي .

ابن عبد السلام : وقد يجاب عنه بأن عقد الجعالة لما كان منحللاً من جانب المجعول له بعد العمل ، فإذا ترك بعد حمل نصف المسافة صار تركه لها إبطالاً للعقد من أصله ، فإذا اكرتى ربها على حملها انتفع بالحمل الأول فتلزمه قيمته ، لكن إنما يحسن هذا إذا كانت الإجارة ثانياً بقية العمل فأقل ، ولا يحسن إذا كانت بأكثر على الاعتراض المذكور فلا يجب للثاني إلا درهمان ونصف .

وحمل ابن راشد القول الثاني في كلام المصنف على اختيار ابن يونس ، ويحتمل أن يريد به ما كان لابن القاسم بقوله : إن له قيمة عمله يوم عمل ، ويكون معناه ما لم يزد على نسبة قيمة عمله يوم عمل الأول .

قال في «العتبية»^(٢) : قال ابن كنانة : بل قيمة ما عمل اليوم ؛ أي يوم عمل الثاني كانت القيمة مثل الجعل ، أو قال : وأكثر ، ودخل ابن القاسم وابن كنانة على مالك فقال : بل يعطى بقدر ما انتفع بحفره ؛ يعني القول الأول ، وهكذا رأيت في «العتبية» .

وحكى اللخمي عن مالك مثل قول ابن كنانة وذكر أنه قضى لابن كنانة ، فإن قلت : ما حملت عليه القول الأول من أن المراد أنه يكون للأول نسبة ما بقي خلاف ظاهر كلامه ، وإنما ظاهره أن يكون له ما بقي بعد إجارة الثاني ، فلا يكون في المثل المتقدم شيء ، قيل : نعم هو ظاهر كلامه لكن لم أر نقلاً يساعده ، قاله ابن عبد السلام .

(١) «البيان والتحصيل» (٥١١/٨) .

(٢) «البيان والتحصيل» (٥١١/٨) .

وَلَوْ مَاتَ الْعَبْدُ سَقَطَ

أي : بعد أن يجده المَجْعُولُ له ، وقبل أن يوصله لربه وكذلك لو هرب ؛ لأن العمل لم يتم .

وَإِذَا تَنَازَعَا فِي قَدْرِ الْجُعْلِ تَحَالَفَا وَوَجِبَ جُعْلُ الْمِثْلِ

نحوه في «الجواهر»^(١) وفيه نظر ، لكنه إن كان تنازعهما قبل العمل فلا شك أن القول قول الجاعل لانحلال العقد ، والمَجْعُولُ له بالخيار بين أن يجعل بما قال له أو يترك ، وإن كان بعد العمل فيكون القول قول العامل إذا كان بيده لحيازته ، إلا أن يدعي ما لا يشبه فيكون القول قول ربه ، فإن ادعى الآخر ما لا يشبه تحالفا كما تقدم في الصانع .

وَفِي الْفَاسِدَةِ ثَالِثًا : التَّفْصِيلُ كَالْقِرَاضِ وَلَمْ يَبَيَّنْ

واختلف في الجعل الفاسد هل يجب فيه جعل المثل وهو قول ابن القاسم من رواية أصبغ ، أو إجارة المثل وهو قول محمد بناء على أن المستثنى من أصل إذا بطل هل يرد إلى صحيح أصله أو إلى أصل نفسه ؟

والقول الثالث : التفصيل ؛ أي فيرد في بعض المسائل لجعل المثل وفي بعضها لإجارة المثل ، لكن لم يبين التفصيل هنا كما بين في القراض ، هذا معنى كلامه .

ولأن المصنف - والله أعلم - لما رأى ابن شاس ذكره مجملاً ولم يبينه اعتقد أنه وقع كذلك في قوله ، وقد بينه في «البيان»^(٢) فقال : إن قال : إن وجدته فلك كذا وإن لم تجده فلك نفقتك .

فهذا يرجع إلى إجارة المثل ؛ لأنه جعله في الوجهين وليس بحقيقة الجعل ، وإن كان لم يسم شيئاً إلا في الإتيان به ولا شيء له إلا أن يأتي به فإنه يرجع إلى جعل المثل ، قال : وهو أظهر الأقوال ، واختاره ابن حبيب وحكاه عن مالك مطرف وابن الماجشون ، وحكى قولين آخرين :

أحدهما في «العتبية» : له جعل مثله إذا وجدته وأجر مثله إذا لم يجده .

(١) «الجواهر» (٧٦/٣) .

(٢) «البيان والتحصيل» (٤٢٧/٨) .

والثاني في «المدونة»^(١) : في الذي يقول : إن جئني بعدي الأبق فلك نصفه ، قال : له إجارة مثله إن أتى به ، وإن لم يأت به فلا جعل له ولا إجارة ، قال : لا حظ له في القياس .

وَمُشَارَطَةُ الطَّبِيبِ عَلَى البُرءِ وَالْمُعَلِّمِ عَلَى الْقُرآنِ وَالْحَافِرِ عَلَى اسْتِخْرَاجِ الْمَاءِ
بِتَعْرِيفِ شِدَّةِ الْأَرْضِ وَبُعْدِ الْمَاءِ ، وَكِرَاءِ السَّفِينَةِ مُتَرَدِّدٍ بَيْنَ الْجَعْلِ وَالْإِجَارَةِ ...

هكذا ذكر ابن شاس^(٢) هذه الأربعة وزاد المغارسة وهو أن يعطي الرجل أرضه لمن يغرس عدداً من الأشجار ، فإذا بلغت كذا وكذا كانت الأشجار والأرض بينهما ، قال : وكل هذه الفروع يختلف فيها وسبب الخلاف في جميعها تردها بين العقدين .

ابن عبد السلام : وظاهر المذهب أن هذه الفروع كلها من الإجارة على البلاغ إلا مسألة الحافر فإنها من الجعالة ، ولا يقال : إن الإجارة على البلاغ مساوية للجعل في أن الأجرة لا تستحق إلا بتمام العمل ؛ لأنه لا يلزم من استوائهما في هذا الوجه استوائهما في غيره ، فإن الإجارة على البلاغ لازمة بالعقد بخلاف الجعالة .

ونص سحنون على أن الأصل في هذا الجعالة ، ووجه تردد هذه الأمور بين الإجارة والجعالة بأنه لما لم يكن للعامل شيء إلا بتمام العمل شابته الجعالة ، ولما كان إذا ترك الأول العمل ثم كمل غيره يكون للأول بحسابه كما تقدم شابته الإجارة .

قوله : (بِتَعْرِيفِ شِدَّةِ الْأَرْضِ وَبُعْدِ الْمَاءِ) للمصاحبة ، وهي تجري مجرى الشرطية .

(١) «المدونة» (٤٥٩/١١) .

(٢) «الجواهر» (٧٧/٣) .

كتاب إحياء الموات

إِحْيَاءُ الْمَوَاتِ : الْأَرْضُ الْمُتَّفَكَّةُ عَنِ الْاِخْتِصَاصِ

الأصل فيه قوله ﷺ : « مَنْ أَعْمَرَ أَرْضًا مَيْتَةً لَيْسَتْ لِأَحَدٍ ، فَهُوَ أَحَقُّ بِهَا » (١) رواه

البخاري .

وفي الترمذي والنسائي عنه عليه السلام : « مَنْ أَحْيَا أَرْضًا مَيْتَةً فَهِيَ لَهُ وَلَيْسَ لِعَرَقٍ ظَالِمٍ حَقٌّ » (٢) وهو حسن المسند .

وبدأ المصنف بتعريف الموات إما لأنه السابق في الوجود فلتقدمه طبعاً قدمه وضعاً ، وإما لأن حقيقة الموات متحدة .

والإحياء يكون بأمور كل منها مضاد للموات فاحتاج إلى ذكره أولاً ليذكر أصداده ، والتعريف الذي ذكره تبع فيه صاحب «الجواهر» ، وصاحب «الجواهر» تبع فيه الغزالي ، قال : السالم عن الاختصاصات بالجمع .

واستغنى المصنف عن الجمع بالاسم المحلى بأل المفيدة للعموم وهو قريب مما قاله الجوهري (٣) : الأرض الميتة هي التي لا مالك لها من آدميين ولا ينتفع بها أحد ، ومعنى (الْمُتَّفَكَّةُ) المخلصة والمنفصلة ، وفي بعض النسخ عَوْضُ (الْمُتَّفَكَّةُ) (السَّالِمَةُ) ، ولما قال (السَّالِمَةُ عَنِ الْاِخْتِصَاصِ) شرع في وجوه الاختصاص فقال :

وَالْاِخْتِصَاصُ عَلَى وَجْهِهِ : الْأَوَّلُ : الْعِمَارَةُ وَلَوْ اُنْدَرَسَتْ ، فَإِنْ كَانَتْ عِمَارَةً اِحْيَاءٍ فَاُنْدَرَسَتْ فَقَوْلَانِ ...

العمارة عمارة ملك كما لو ملك أرضاً يارث أو هبة أو شراء .

قال في «المدونة» (٤) : أو خطة ، والخطة هي الإقطاع من الإمام وهو أعم من أن يكون

(١) أخرجه البخارى (٢٢١٠) من حديث عائشة رضی الله عنها .

(٢) أخرجه أبو داود (٣٠٧٣) والترمذی (١٣٧٨) والنسائی فی « الكبرى » (٥٧٦١) وأبو يعلى

(٩٥٧) والبزار (١٢٥٦) والبيهقى فى « الكبرى » (١١٣١٨) من حديث سعيد بن زيد -

رضى الله عنه ، وصححه الألبانى - رحمه الله .

(٣) « الصحاح » (٤٧٩/١) .

(٤) « تهذيب المدونة » (٣٦٣/٣) .

إقطاع تملك أو إقطاع إحياء ، وقلنا: راده عمارة ملك لمقابلتها بقوله: (فإن كانت عمارة إحياء فأندرست فقولان) أحدهما أن اندراسها يخرجها عن ملك محيها ويجوز لغيره أن يحيها وهو قول ابن القاسم ، والثاني لسحنون أنها للأول وإن أعمارها غيره ، حكاه صاحب «البيان»^(١) وغيره .

وحكى عنه ثالثاً إن كان قريباً من العمران فالأول أولى به ، وإن كان بعيداً فالثاني أولى بها ، قال : وقوله عندي صحيح على معنى ما في «المدونة»: أما ما قرب لا يحيها إلا بقطيعة من الإمام ؛ فكأنه صار ملكاً .

وسأل ابن عبدوس سحنون هل تشبه هذه المسألة الصيد إذا ند؟ قال: لا والفرق بين الصيد لو ابتاعه ثم ند واستوحش كان لمن اصطاده ، ولا خلاف أن من اشترى أرضاً فأندرست فأحيها غيره أنها لمن اشتراها .

قال في «البيان»^(٢) : ولا أعلم نص خلاف أن من اشترى مواتاً واختطه لا يزال ملكه عنه بتركه إياه حتى تعود حالته الأولى إلا أن الاختلاف يدخل في ذلك من مسألة الصيد يند من صاحبه .

وقال ابن المواز فيه: إن الثاني أحق به ، ولم يفرق بين أن يكون الثاني صاده أو ابتاعه فيلزم مثله في إحياء الموات ، ثم حصل في مسألة الصيد يباع والأرض الموات تباع ثم يعود إلى حالهما أقوال :

أحدها : أن الأول أحق بها .

الثاني : عكسه .

الثالث : أن الأول أحق بالصيد والموات إن كان اشتراه وأن الثاني أحق بهما إن كان الأول صاد الصيد وأحيا الموات .

الرابع : الفرق بين الصيد والموات فالثاني أحق بالصيد والأول أحق بالموات وهو الذي يأتي على ما قاله ابن عبدوس .

الخامس : أن الثاني أحق بالموات والأول أحق بالصيد ، قال : وإنما يكون الثاني أحق

(١) «البيان والتحصيل» (١١/٢٢٣) .

(٢) «البيان والتحصيل» (١١/٢٢٣) .

بالموات من الأول على من رآه أحق به منه حسبما بيناه إذا كانت المدة قد طالت بعد عودها إلى حالتها ، وأما إن أحيائها الثاني بحدثان عوده إلى الحالة الأولى فإن كان عن جهل منه بالأول فله قيمة عمارته قائمة للشبهة ، وإن كان عن معرفة منه به فليس له إلا قيمة عمارته منقوضة بعد يمين الأول أن تركه إياه لم يكن إسلاماً له وأنه كان على نية إعادته ، واعترض على المصنف بأن قوله : (أَوْلَى الْعِمَارَةِ) مستغنى عنه ؛ لأن مجرد الملك كاف في الاختصاص ولا يفتقر إلى العمارة ، وأجيب لعله إنما ذكر العمارة ليقسمها .

الثاني : حَرِيمٌ عِمَارَةٌ ، وَحَرِيمُ الْبَلَدِ مَا يُرْتَفَقُ بِهِ لِرِعْيِ مَوَاشِيهِمْ وَمَحْتَبِهِمْ مِمَّا تَلْحَقُهُ غَدُوءٌ وَرَوَاحًا ...

أي : حد العمارة التي يمنع أن يحدث فيها أحد ما يضر بها .

عياض : والتحرير والحرام والحريم والحرمة المنع ، والمحارم من النساء الممنوع نكاحهن فحريم البئر ما يتصل به من الأرض التي من حقها ألا يحدث فيها ما يضر بها لا باطناً من حفر بئر ينشف ماؤها أو يذهبها أو مطمر تطرح النجاسة فيه فيصل إليها وسخها ولا ظاهراً كالبناء والغرس .

قوله : (وَحَرِيمُ الْبَلَدِ... إلخ) يعني : ما يحتاج إليه عامر الأرض من النواحي الخارجة عن الأرض التي يلحقه الخارج بمواشيه غدوا ورواحا .

سحنون : وما كان من العمارة على يوم وما لا تدركه المواشي في غدوها ورواحها فأراه من البعيد ، وأما ما تدركه المواشي غدوها ورواحها وأبعد من ذلك قليلاً مما فيه الرفق للعمارة فهو من القريب ، ونحوه لابن القاسم .

وعن سحنون : يجتهد ويشاور أهل الرأي .

وَحَرِيمُ الدَّارِ الْمُحْفُوفَةِ بِالمَوَاتِ مَا يُرْتَفَقُ بِهِ مِنْ مَطْرَحِ تُرَابٍ ، وَمَصَبِّ مِيزَابٍ ، وَالمُحْفُوفَةِ بِالأَمْلاكِ لَا تَخْتَصُّ ، وَلِكُلِّ الْاِنْتِفَاعِ بِمَلِكِهِ وَحَرِيمِهِ بِمَا لَا يَضُرُّ الآخَرَ ...

يعني : أن الدار على ضريين : فإن كانت محفوفة بالموات ؛ أي : المحوطة بالموات فحريمها ما يرتفق به فيما ذكره المصنف ، وإن كانت محفوفة بالأَمْلاكِ فليس لربها حريم تختص به ، لكن لكل واحد أن ينتفع بملكه وحريمه بما لا يضر بالآخر .

ولا يقال قوله : (لَا تَخْتَصُّ) يقتضي أنه لا حريم لها وهو منافٍ لقوله : (وَلِكُلِّ

الانْتِفَاعُ بِمَلِكِهِ وَحَرِيمِهِ) لأنه إنما نفى عنها أولاً الاختصاص بالحريم لا الحريم ، فيكون لكل دار حريم لكن لا تختص به .

قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ : فَأَمَّا حَمَامٌ ، وَفُرْنٌ ، وَكَبِيرٌ لِلْحَدِيدِ ، وَرَحَى تَضُرُّ بِالْجِدَارِ فَلَهُمْ مِنْهُ ، قَالَهُ مَالِكٌ ...

لقوله عليه السلام : « لا ضَرَرٌ وَلَا ضِرَارٌ »^(١)، واستخف في « المدونة » وغيرها التنور ، وقوله : (فُرْنٌ) يعني كان للخبز أو لسبك الذهب والفضة ، قاله في « المدونة » وغيرها .
وضرر الحمام والفرن والكبير بين ، وأما الرحى فكلام المصنف وظاهر الرواية يدل على أنها إنما تمنع لضرر الجار ولو تضرر الجار بصورتها فقط لم تمنع ، وهو قول كثير من الشيوخ .

وذهب بعضهم إلى منع ضرر الصوت ، وأشار آخرون إلى أنه إنما يمنع منه وقت النوم دون ما عداه ، وبالأول قال مطرف وابن الماجشون لأنهما قالا في الغسال والضراب يؤدي جاره رفع صوتها لا يمنع ، لكن قيده الباجي^(٢) بالصوت الضعيف أو ما يستدام وأما مَا كَانَ صَوْتًا شَدِيدًا كَصَوْتِ الْكَمَادِينَ فَيَمْنَعُ مِنْهُ .

وصرح بعضهم بأن المذهب عدم مراعاة ضرر الأصوات وأن القول بمنع ذلك شاذ ، وجعله ابن رشد من المتفق على عدم اعتباره إلا على قول ضعيف .

وَقَالَ أَشْهَبٌ : مَنْ اضْطُرَّ إِلَى حَفْرِ بَيْتٍ فِي دَارِهِ حَفَرَ وَإِنْ أَضُرَّ بِجَارِهِ وَهُوَ أَوْلَى بِمَنْعِ جَارِهِ أَنْ يَضُرَّ بِهِ مِنْ مَنْعِهِ ، قَالَهُ مَالِكٌ ...

هذا مقيد بأن يضر بيئر جاره باعتبار تقليل مائها ، وأما لو حفر بيئراً للنجاسة فأضررت بماء بيئر المنع وردمت عليه اتفاقاً ، قاله اللخمي قال : وبلوغ النجاسة كبلوغ الدخان وغيره في الظاهر ، وكذلك أيضاً يتفق على المنع إذا أضرَّ بجداره ، نقله ابن رشد^(٣) وذكر فيها : يضر بين الجدار أربعة أقوال :

الأول: قول أشهب : هكذا أنه يجوز إن اضطر وإن أضر بجاره .

(١) تقدم تخريجه .

(٢) « المنتقى » (٧/٣٧٥) .

(٣) « البيان والتحصيل » (١٠/٢٥٢) .

الثاني : ظاهر «المدونة» أنه يمنع إذا أضر بجاره وأطلق .

الثالث لابن كنانة : أن يحفر في داره بئراً وإن أضر ببئر جاره وأطلق .

الرابع في «العتبية» : لا يمنع إلا أن يضر ببئر جاره ضرراً بينا وهو أن يستفرغ ماؤه ماء

بئر جاره .

ابن عبد السلام : وترك المصنف مذهب ابن القاسم في «المدونة» أنه لا يجوز إحداث بئر تضرُّ بالجارِ اضطر محدثها إليها أم لا ، قال : وخلاف ابن القاسم وأشهب عام في الأرض التي ملكت بإحياء أو بغيره ، والأظهر مذهب أشهب والله أعلم ، لأن ضررها متقابل ويترجح من أراد الإحداث بأنه تصرف في ملكه .

وَلَا تُمْنَعُ وَالْأَبْرِجَةُ وَالْأَجْبَاحُ إِلَّا أَنْ تُعْلَمَ الْمَضْرَّةُ لِلْسَّابِقِ
(الْأَبْرِجَةُ) لِلْحَمَامِ (وَالْأَجْبَاحُ) لِلنَّحْلِ .

ابن عبد السلام : والمضرة بالسابق إن كان لدخول حمام الأول أو نحله في الثاني فظاهر، وإن أمن ذلك لكن يقل دخول ذلك في الأول فاختلف المذهب في رعي ضرره على قولين والأقرب مراعاته والله أعلم .

أما لو كان لغير برج وقالوا: إن ذلك يضرهم في زرعهم وشجرهم وطلبوا منعه من ذلك فقولان : أحدهما أنه لا يمنع من ذلك وهو قول ابن كنانة وأصبيغ ، قال أصبيغ : والحمام والدجاج والإوز والماشية لا يمنع من اتخاذها وإن أضرت وعلى أهل القرية حفظ زرعهم وأشجارهم وقاله ابن القاسم ، وقال مطرف وابن حبيب : يمنع إلا أن تكون كالماشية ، قال : لأن هذه طائفة ولا يقدر على الاحتراز منها .

فَإِنْ دَخَلَ حَمَامٌ أَوْ نَحْلٌ لَا يُمَكِّنُهُ رَدُّهُ فَهُوَ كَصَيْدٍ نَدٍّ

قوله : (لَا يُمَكِّنُهُ رَدُّهُ) يعني ولو أمكنه رده رد اتفاقاً ، قاله اللخمي واستشكل لأن إيواء

الحمام إلى ملك الأول لا يوجب ملكه إذا لم يزل عن حالة التوحش إذا ند قبل وضع اليد عليه إن آوى إلى نخل الرجل لا يرد للأول ، وأما إن لم يمكن رده فقال في «المدونة» (١) : يكون للثاني ولا يرد للأول ، وإليه أشار بقوله : (كَصَيْدٍ نَدٍّ) ولم يقل فهو للثاني ليدخل

في كلامه قول ابن حبيب .

وَحَرِيمُ الْبَيْتِ مَا لَا يَضُرُّ بِمَائِهَا وَلَا يَضِيقُ عَلَى دَوَابِّ وَارِدِيهَا

أي : وليس له حد مخصوص ، هذا مذهب مالك وابن القاسم في «المدونة» وغير مالك ، ومن الآبار ما يكون في أرض رخوة وأخرى في أرض صلبة فإنما ذلك على قدر الضرر في البئر ، هذا في آبار الماشية وكذلك في آبار الزرع منها بئر كثيرة الماء وأخرى قليلة الماء وإنما جعل لكل واحد ما يكفيها من الأرض وفي الوجهين :

قال ابن سحنون : حريم البئر والأرض والوادي في أرض غير مملوكة عشرون ذراعاً ، وقيل : ستون ذراعاً .

وقال ابن نافع : حريم البئر العادية خمسون ذراعاً والذي ابتدئ عملها خمس وعشرون ، وعكس ذلك ابن مصعب وزاد : وحريم بئر الزرع خمسمائة ذراع وحريم النهر ما لا يضر بمن يرده .

وقال ابن المسيب : حريم بئر الزرع ثلاثمائة ذراع من نواحيها كلها .

ابن شهاب : وسمعت الناس يقولون حريم البئر خمسمائة ذراع وحريم الأنهار ألف ذراع .

وروى الدارقطني مرسلًا عن ابن شهاب عنه عليه السلام قال : « حريم البئر المحدثة خمس وعشرون ، وحريم البئر العادية خمسون ذراعاً ، وحريم بئر الزرع ثلاثمائة ذراع ، وحريم العين السيج ستمائة ذراع » (١) .

وسأل ابن غانم مالكا عن حريم النخلة فقال : قدر ما يرى أن فيه مصلحتها ، قال : وسأل عن ذلك أهل العلم به فقالوا : اثنا عشر ذراعاً من نواحيها كلها إلى عشرة أذرع وذلك حسن ، وسئل عن الكرم أيضا وعن كل شجرة أهل العلم فقالوا : يكون لكل شجرة قدر مصلحتها .

(١) أخرجه الدارقطني (٢٢٠/٤) والبيهقي في «الكبرى» (١١٦٥٠) . وضعفه الألباني - رحمه الله .

الثَّالِثُ: التَّحْجِيرُ وَفِيهِ قَوْلَانِ: قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ: لَا يَعْرِفُ مَالُكَ التَّحْجِيرَ إِحْيَاءً، وَلَا تَرَكُهُ ثَلَاثَ سَنِينَ، وَقَالَ أَشْهَبُ: رَوَى عَنْ عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أَنَّهُ يَنْتَظِرُ ثَلَاثَ سَنِينَ، وَأَنَا أَرَاهُ حَسَنًا، وَقَالَ أَيْضًا: لَا يُفِيدُهُ مَا لَمْ يَشْرَعْ بَعْدَ أَيَّامِ بَسِيرَةٍ مَا لَمْ يَمْنَعْ عُذْرًا، أَمَّا مَا لَا يَقْوَى عَلَى عَمَلِهِ فَلَا يُفِيدُ اتِّفَاقًا...

ما ذكره من رواية ابن القاسم نحوه في «الاستذكار»^(١) و «الجواهر»^(٢) و «التهذيب»^(٣)، قال ابن القاسم: ما سمعت من مالك في التحجير شيئاً .

وقال أشهب: القول الثاني، وقوله: (وَقَالَ أَيْضًا) أي: أشهب هو راجع إلى القول الأول فلذلك لم يذكر في المسألة إلا قولين: والتحجير هو ضرب حدود بإزاء ما يريده من الموات يريد بذلك منع الناس منه، وقوله: (أَمَّا مَا لَا يَقْوَى... إلخ) يعني: وإنما الخلاف فيما يمكن إحياءه، ومثال هذا في كونه إحياءً عند أشهب لابن القاسم - رعي كلاً الأرض، وحفر بئر الماشية فيها .

الرَّابِعُ: الإِقْطَاعُ مِنَ الإِمَامِ وَهُوَ تَمْلِيكَ وَلَا يُطَالَبُ بِالإِحْيَاءِ

أي: الرابع من وجوه الاختصاص، وقوله: (تَمْلِيكَ) أي: فله أن يهب ويبيع ويتصرف ويورث عنه وليس هو من الإحياء بسبيل وإنما هو تملك مجرد .

قال الأستاذ أبو بكر: هكذا روى يحيى بن يحيى عن ابن القاسم سواء كانت في المهامه والفيافي أو قريبة من العمران، ولا يطالبه الإمام بعمارها بخلاف الإحياء، هكذا قال اللخمي: إن ظاهر المذهب إن تملكها بشرط العمارة، ولطرف وابن الماجشون أن من أقطعه الإمام أرضاً - أي أعطاه - على عمارتها فله أن يبيع ويتصدق ما لم ينظر في عجزه فيقطعها لغيره .

ابن زرقون: ورأى غير واحد أنه تفسير، وعده الباجي خلافاً والأول أظهر، إذ لا منافاة بينهما لأن الإقطاع في الأول لم يكن للعمارة .

(١) «الاستذكار» (١٨٥/٧) .

(٢) «الجواهر» (٧٨/٣) .

(٣) «تهذيب المدونة» (٤٤٦/٣) .

وَلَا يُقَطَّعُ غَيْرَ الْمَوَاتِ تَمْلِيكًا وَلَكِنْ إِمْتَاعًا

أي : لا يقطع المعمورة وهو مراده بـ (غَيْرَ الْمَوَاتِ تَمْلِيكًا) وفيه نظر ، فقد نص في «البيان»^(١) على جواز إقطاع البئر والمعمور من غير أرض العنوة ، قال : وهو ظاهر ما في «كتاب الداودي» ، ومثله حكى ابن حبيب عن مالك من رواية ابن القاسم قال : قال : لا أرى للإمام أن يقطع أحداً من أرض العنوة .

قال في «البيان»^(٢) : ورأيت للرخمي جواز إقطاع المعمورة من أرض العنوة ليس بصحيح على مذهب مالك ، وأما الإحياء في أرض العنوة فقال بعض القرويين يجوز الإحياء في ما بعد من العمران وأطراف الأرض كانت أرض عنوة أو غيرها أسلم عليها أهلها .

وفي «البيان»^(٣) : لا يصح الإحياء إلا في البور والإقطاع يكون في البور والمعمور لا في معمور أرض العنوة .

وقال ابن الهندي : لا يجوز الإحياء في أرض العنوة لأنها موقوفة لنواب المسلمين وأطلق ، ويمكن رده إلى ما قبله .

وفي «النكت»^(٤) : الأراضى خمس : أرض عنوة لا توهب ولا تباع ، وإنما تبقى لمنافع المسلمين ، وأرض صلح فهي لأهلها يصنعون فيها ما يحبون من بيع أو غيره ، وأرض أسروا أهلها لهم أيضاً ليس لأحد فيها شيء ، وأرض خرج عنها أهلها وتركوها فهي للإمام يجتهد فيه ما رأى ، وأرض العرب للذين كانوا فيها مثلنا قبل أن يسلموا أو بعد ذلك .

الخامس : الحمى ، وللإمام أن يحمي إذا احتجج إليه وقل مما فضل عن منافع أهلها ، وحمى رسول الله ﷺ البقيع لخييل المهاجرين ، وحمى أبو بكر وعمر رضي الله عنهما الربذة لما يحمل عليه في الجهاد ...

يعني : يجوز للإمام أن يحمي بشرطين :

الأول : أن يحتاج إليه .

(١) «البيان والتحصيل» (٣٠١/١٠) .

(٢) «البيان والتحصيل» (٣٠١/١٠) .

(٣) «البيان والتحصيل» (٣٠١/١٠) .

(٤) «النكت والفروق» (٢١٢/٢) .

والثاني : أن يقل ويفضل عن منافع أهلها .

وهكذا قال سحنون : الأحمية إنما تكون في بلد الأعراب العفاء التي لا عمارة فيها غرس ولا بناء وإنما تكون الأحمية منها في الأطراف حيث لا تضيق على ساكن ، وكذلك الأودية والعفاء التي لا مساكن بها إلا ما فضل عن نافع أهلها من المسارح والمراعي .

ووقع في بعض النسخ عوض (قَالَ) (وَقِيلَ فِيهِمَا نَظْرٌ) ، أما (قَالَ) فلا يهاهما أَنَّ مالكاُ قاله وإنما هو لسحنون ، وأما الثانية فلا يهاهما أن الثاني خلافاً للأول وليس كذلك ، وزيد شرط ثالث وهو أن يكون للجهاد ونحو ذلك .

وروى أبو داود عن الصعب بن جثامة أنه عليه السلام حمى البقيع وقال : « لا حمى إلا لله ورسوله » (١) انظر ما في الحديث من قوله : « حمى » وهو الذي قاله المصنف وذكره الجوهري (٢) رباعياً فقال : وأحميت المكان جعلته حمى .

و (البقيع) قيده عياض في «المشارك» بالنون ، قال : وهو الموضع الذي أحماه النبي عليه السلام والخلفاء بعده وهو صدر وادي العقيق على عشرين فرسخاً ومسافته ميل في بريد ، ونحوه للخطابي .

وضبطه أبو عبيدة بالباء مثل بقيع الغرقد ، وكذلك ذكره البكري .

و (الربذة) بتحريك الباء والذال المعجمة والتعيق بالنون مستنقع الماء والبقيع موضع القبور بالمدينة .

وصح أن عمر رضي الله عنه قال لمن ولاه على الحمى : «أَدْخَلَ رَبَّ الصَّرِيمَةَ وَالْغُنَيْمَةَ وَإِيَّاكَ وَنَعَمَ ابْنَ عَفَانَ وَابْنَ عَوْفٍ» وقال له فيما أوصاه : «اتَّقِ دَعْوَةَ الْمَظْلُومِ فَإِنَّهَا مَجَابَةٌ ، والذي نفسي بيده لولا ما أحمل عليه في سبيل الله ما حميت عليهم في أرضهم شبراً ، والله إنهم يزعمون أنني قد ظلمتهم» (٣) والربذة اسم مكان .

السَّادِسُ : الْقُرْبُ ، وَيَفْتَقَرُ فِيهِ إِلَى إِذْنِ الْإِمَامِ فَلَوْ لَمْ يَسْتَأْذِنْ لَكَانَ لِلْإِمَامِ إِمْضَاؤُهُ أَوْ جَعْلُهُ مُتَعَدِّياً ، وَقَالَ أَشْهَبُ : لَا يَفْتَقَرُ ...

(فيه) أي : في القرب ، مفهومه أن البعيد لا يفتقر فيه إلى إذن الإمام .

(١) أخرجه البخاري (٢٢٤١) .

(٢) « الصحاح » (١/ ١٥٠) .

(٣) أخرجه البخاري (٢٨٩٤) .

قال في «البيان» (١): وهو المشهور ، وعزاه في «النوادر» (٢) لمالك وابن القاسم ومطرف وابن الماجشون وأصبغ وسحنون .

وروى يحيى عن ابن نافع : ليس لأحد أن يفتح البعيد إلا بإذن الإمام ، وعلى هذا فثالثها المشهور يفتقر في البعد .

وفي «المدونة» (٣) فيمن أقطع مواتاً بعيداً أو أحياء بغير إذن الإمام : ينظر فيه الإمام ، (وَقَالَ أَشْهَبُ : لَا يَفْتَقَرُ) أي : إلى الإذن في القريب ، والمغيرة يمضي فعله ، والمشهور ما قاله المصنف وهو قول مالك وابن القاسم أن للإمام إمضاءه (أَوْ جَعَلَهُ مُتَعَدِّياً) أي : فيعطى قيمة إحيائه مقلوعاً ، ورأى اللخمي أنه يعطى قيمته قائماً للشبهة .

اللخمي : وقال مطرفٌ وابن الماجشون : الإمام مخير في أربعة أوجه : أن يقره له أو يقره للمسلمين أو يعطيه قيمته مقلوعاً أو يأمره بقلعه ويقطعه لغيره ويكون للأول قيمته منقوضاً .

ابن رشد (٤) : وهو القياس ، وقال في موضع آخر : وهو معنى ما في «المدونة» .

فرع :

ومن أحيى أرضاً في الفيافي فليس لغيره أن يحيي بالقرب منه إلا بإذن الإمام ، قاله سحنون في «المجموعة» قال : لأنه صار بالإحياء عمراناً .

واعترض كلام المصنف بوجهين :

الأول : أن فيه تداخلاً ؛ لأن هذا السادس هو الوجه الثاني وهو حريم العمارة ، وقيده هناك بما يرتفقون به مما يلحقونه غدواً ورواحاً ، وهذا هو القريب ، وقد تقدم أن سحنون حده هكذا وحد البعيد باليوم .

الثاني : إذا كان القرب من وجوه الاختصاص فلا يكون القريب مواتاً ، إذ الموات ما انفك عن الاختصاص فلا يتصور فيه إحياء ؛ لأن الإحياء إنما يكون في الموات .

(١) «البيان والتحصيل» (٣٠٢/١٠) .

(٢) «النوادر والزيادات» (٥٠٦/١٠) .

(٣) «تهذيب المدونة» (٣/٣٤٠) .

(٤) «البيان والتحصيل» (٣٠٢/١٠) .

وَأَمَّا الْإِحْيَاءُ فَمَا يُعَدُّ فِي الْعُرْفِ عِمَارَةً مِثْلَهَا كِبْنَاءٍ ، وَغَرْسٍ ، وَحَرْثٍ ، وَحَفْرٍ بَثْرٍ ، وَإِجْرَاءٍ نَهْرٍ ...

أي : مثل تلك الأرض .

عياض : الإحياء يكون بعشرة أشياء ، سبعة متفق فيها وثلاثة مختلف فيها .

فأما الثلاثة : فالتحجير ، وحفر بئر الماشية ، ورعي كلاً الأرض ليس هو إحياء عند ابن

القاسم خلافاً لأشهب .

وأما السبعة فتفجير الماء فيها بحجر بئر أو فتق عين ، الثاني : إجراء الماء من عامرها ،

الثالث : البناء ، الرابع : الغرس ، الخامس : الحرث وتحريك الأرض بالحفر ونحوه ،

السادس : قطع غياضها وأشجارها ، السابع : كسر أحجارها وتسوية أرضها .

وقول المصنف : (أَوْ حَفْرٍ بَثْرٍ) يريد : إذا لم تكن ماشية وإلا فحفر بئر الماشية ليس

إحياء عند ابن القاسم .

وَفِي إِحْيَاءِ الذَّمِّيِّ فِي غَيْرِ جَزِيرَةِ الْعَرَبِ ثَالِثًا : يَمْلِكُ إِنْ كَانَ بَعِيدًا

يعني أن الذمي إذا أحيى في جزيرة العرب لم يترك ، لقوله ﷺ : « لا يبيقين دينان

بجزيرة العرب »^(١) وإن أحيى بغيرها فثلاثة أقوال يفرق في الثالث بين القرب والبعد كما

تقدم .

ابن عبد السلام : وليس الأول منصوباً للمتقدمين لكن ركن إليه الباجي^(٢) ، وقيل :

بل ينزع ذلك منه كجزيرة العرب ، وهو قول ابن القصار ، ونص قوله عند اللخمي :

وقال ابن القصار : ولا يكون للإمام أن يأذن لأهل الذمة في الموات ؛ ولم يفرق بين قريب

وبعيد .

ابن عبد السلام : والثالث هو المنصوص للمتقدمين ، قال في الرواية : لأن ما قرب

بمثلة الفيء ، واستشكله الباجي^(٣) قال : يلزم عليه ألا يصح من المرأة والعبد لأنهما ليسا

من أهل الفيء ، ولو قيل : إن حكمهم كالمسلمين ما بعد كما كان لهم ذلك فيما بعد ،

وهذا هو الركن الذي ذكرناه ، انتهى .

(١) تقدم تخريجه .

(٢) « المنتقى » (٣٧٨/٧) .

(٣) « المنتقى » (٣٧٨/٧) .

وذكر ابن يونس وغيره أن ابن القاسم قال في «المجموعة»: من أحسب من أهل الذمة أرض الإسلام فذلك له لقوله عليه السلام: «من أحسب أرضاً ميتاً فهي له» (١) ظاهره أنه لا فرق بين القرب والبعد .

ولا يقال الثالث متحد مع الأول لأنكم قلتم في الأول: إن حكمه حكم المسلمين ، وحكمهم التفرقة كما في الثالث لأنهم لا حق لهم في القرب على الثالث مطلقاً ، وعلى الأول يكون لهم فيه حق إذا أذن لهم الإمام .

مالك : وجزيرة العرب الحجاز ومكة والمدينة واليمن ، زاد ابن حبيب والنجود فإنه قال ما معناه: إن حدها طولاً من أقصى عدن وما والاها من أرض اليمن كلها إلا ريف العراق وحدها عرضاً من جدة وما والاها من ساحل البحر إلى أطراف الشام ومصر وفي المغرب والمشرق ما بين سرف إلى منقطع السماوة .

وَلَا تُحَازُ الشُّوَارِعُ بِالْبُنْيَانِ

لأن الطرق محبسة ولا إشكال في منع ما يضر وهدمه وأما ما لا يضر فروي عن مالك الجواز والكراهة ، فإن نزل لم يهدم على ظاهر قول ابن القاسم وأصبع ، وذهب مطرف وابن الماجشون وسحنون إلى المنع وأنه يهدم ، واختلف فيه قول أشهب فكرهه مرة ومنعه أخرى وقال: يهدم .

ابن عبد السلام : قيل : والهدم هو المشهور ، وهو مقتضى كون الطرق أحباساً .

وَلَا تُمْنَعُ الْبَاعَةُ مِنْهَا فِيمَا خَفَّ وَلَا غَيْرُهُمْ، فَمَنْ سَبَقَ فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ مِنْ غَيْرِهِ
كَالْمَسْجِدِ...

احترز بقوله : (فِيمَا خَفَّ) مما يستدام ويضر بالمار .

خليل : وعلى هذا فلا ينبغي أن يشتري من هؤلاء الذين يغرزون الخشب في الشوارع عندنا لأنهم غصَّاب للطريق ، وقاله سيدي أبو عبد الله بن الحاج رحمه الله .

وقوله : (فَمَنْ سَبَقَ فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ كَالْمَسْجِدِ) تشبيه لإفادة الحكم .

ابن عبد السلام : ويسقط حق الجالس بقيامه لا بنية الرجوع أن يعود ، فأشار بعضهم إلى أن في المسألتين قولين قال : ولم أر ذلك له ولا لغيره في المسجد إلا ما وقع لهم في من ارتسم معرفة موضعه لسؤاله وغير ذلك .

وَلَا يَنْبَغِي أَنْ يَتَّخَذَ الْمَسْجِدُ مَسْكَنًا إِلَّا مُجَرَّدًا لِلْعِبَادَةِ وَلِقِيَامِ اللَّيْلِ ، وَخَفَّفَ فِي الْقَائِلَةِ
وَالنَّوْمِ نَهَارًا ...

هكذا ذكر ابن حبيب ، والظاهر أن (ينبغي) هنا للوجوب ؛ لأن السكنى في المسجد على غير وجه التجرد للعبادة ممتنع ؛ لأنه تغيير له عما وضع له وعلى ولي الأمر وفقه الله تعالى هدم المقاصير التي اتخذوها في بعض الجوامع للسكنى .

وقوله : (إِلَّا مُجَرَّدًا) أي : إلا لرجل مجرد للعبادة بقيام الليل وإحيائه فلا بأس أن يكون ذلك منه دائماً .

ابن حبيب : إن قوي على ذلك .

وقوله : (خَفَّفَ) بضم الخاء مبني للمفعول ؛ لأن ابن حبيب ذكر عن عبد الملك قال : ولا بأس بالقائلة في المسجد والنوم فيه نهاراً وللمسافر والمقيم ، ولا بأس بالمبيت فيه للمسافر .

ابن حبيب : وأرخص أن يطعم الضيف في مساجد البادية ، وقال : ذلك شأن المساجد وكره أن يوقد فيه نار .

ابن عبد السلام : ومنهم من أجاز المبيت في مساجد المدائن ، والمشهور خلافه وهو أقرب إلى ما روي من الأثر .

اللخمي : ولا يجوز حدث الريح فيه وإن كان مخليا لحرمة المسجد والملائكة ، ويجوز قتل العقرب فيه ، وأجاز ابن رشد في «أجوبته» للملتجئ المبيت فيه وخاف أن يخرج لصاً أو سباعاً أن يتخذ معه آنية ليبول فيها .

قال في «مختصر ما ليس في المختصر» : ويجب على من رأى في ثوبه دمأ كثيراً في الصلاة أن يخرج عن المسجد ولا يخلعه فيه ، قال : وقد قيل : يخلعه ويتركه بين يديه ويغطي .

وَيُكْرَهُ فِيهِ الْبَيْعُ ، وَالشَّرَاءُ ، وَسَلُّ السَّيْفِ ، وَإِنْشَادُ الضَّالَّةِ ، وَالْهَتْفُ بِالْجَنَائِزِ ، وَرَفْعُ
الصَّوْتِ وَكَوْنُ لِعَلْمٍ ...

ينبغي أن تكون الكراهة هنا أيضاً على المنع ، وقد ثبت عنه عليه السلام قال للأعرابي الذي بال في المسجد : «إن هذا المسجد لا يصلحُ لشيء من هذا البول والقدر ، وإنما هو

لذَكَرَ اللهُ وَالصَّلَاةَ وَالْقِرَاءَةَ»^(١) وفي النسائي أنه عليه السلام قال : «إِذَا رَأَيْتُمْ مِنْ يَسِيعٍ أَوْ يَتَنَاعٍ فِي الْمَسْجِدِ قُولُوا : لَا أَرِيحُ اللهُ تِجَارَتَكَ ، وَإِذَا رَأَيْتُمْ مِنْ يَنْشُدُ الضَّالَّةَ فِي الْمَسْجِدِ فَقُولُوا : لَا رَدَّهَا اللهُ عَلَيْكَ»^(٢) .

قوله : (وَالهتَفُّ بِالْجَنَائِزِ) قال سيدي عبد الله بن الحاج : تسامح علماؤنا في الإعلام بالميت بأن يقف الرجل على باب المسجد عند انصراف الناس فيقول : أخوكم فلان قد مات بصوت يجهر به على سنة الجهر ، يعني : وأما ما يفعله الناس عندنا من زعقات المؤذنين بذلك فهو من النعي المنهي عنه ، فقد روى الترمذي عن حذيفة رضي الله عنه أنه قال لما احتضر : إذا أنا مت فلا تؤذونا بي أحدا فإني أخاف أن أكون نعيًا ، فإني سمعت رسول الله ﷺ ينهى عن النعي ، فإذا مت فصلوا علي وسلوني إلى ربي سلا^(٣) .

وقوله : (وَرَفْعُ الصَّوْتِ وَلَوْ بِالْعِلْمِ) أتى بـ (لَوْ) للمبالغة وهي إنما تحسن لو كان رفع الصوت بالعلم في غير المسجد غير مكروه كما قال ابن مسلمة ، وأما على المشهور من كراهة ذلك مطلقاً فلا ، قال مالك : ما للعلم ورفع الصوت ، ووجهه ما قال ابن حبيب : كنت أرى بالمدينة رسول أميرها يقف بابن الماجشون في مجلسه إذا استعلى كلامه وكلام أهل العلم في المجلس فيقول : يا أبا مروان اخفض من صوتك وأمر جلساءك أن يخفضوا أصواتهم ، واستخف أهل المذهب قضاء الدين في المسجد ، ورأوه يسيراً من المعاملة بالبيع والشراء ، واستحسن جماعة عقد النكاح فيه ورأوه مخالفاً لعقد البيع .

وَيَجُوزُ لِلرَّجُلِ جَعْلُ عُلُوِّ مَسْكَنِهِ مَسْجِدًا ، وَلَا يَجُوزُ جَعْلُ سَفْلِهِ مَسْجِدًا وَيَسْكُنُ الْعُلُوَّ لِأَنَّ لَهُ حُرْمَةَ الْمَسْجِدِ ...

نحوه في «المدونة» في باب الصلاة و «الواضحة» في كتاب الجعل من «المدونة» .

(١) تقدم تخريجه .

(٢) أخرجه الترمذي (١٣٢١) والنسائي في «الكبرى» (١٠٠٠٤) والدارمي (١٤٠١) وابن خزيمة (١٣٠٥) وابن حبان (١٦٥٠) والحاكم (٢٣٣٩) والبيهقي في «الكبرى» (٤١٤٢) من حديث أبي هريرة - رضى الله عنه ، وقال الحاكم : هذا حديث صحيح على شرط مسلم ولم يخرجاه ، وصححه الألباني - رحمه الله .

(٣) أخرجه الترمذي (٩٨٦) وابن ماجه (١٤٧٦) وأحمد (٢٣٥٠٢) والبيهقي في «الكبرى» (٦٩٧١) ، وحسنه الألباني - رحمه الله .

وفي «المدونة»^(١): وكره مالك السكنى بالأهل فوق المسجد ، فإن قلت : قد صرح بالكرهة هنا خلاف ما في «الواضحة» ، قيل : الظاهر حملها على المنع توفيقاً بين النقلين .

وَكُرِهَ دُخُولُ الْخَيْلِ وَالْبِغَالِ وَالْحَمِيرِ عِنْدَ نَقْلِهَا إِلَيْهِ بِخِلَافِ الْإِبِلِ

وإنما كره مالك عند نقلها شيئاً إلى المسجد لبناء أو غيرها لنجاسة أبوال الخيل والبغال والحمير وطهارة أبوال الإبل ، على أن الإجازة إنما هو للضرورة وإلا فالمسجد منزه عن أقل من هذا .

وعبر المصنف بالكرهة لأن ابن حبيب نقله عن مالك كذلك ولذلك يصح أن يقرأ (كُرِهَ) بفتح الكاف مبني للفاعل ويعود الضمير على مالك ، ويضم الكاف للمفعول .

وَكُرِهَ أَنْ يَبْصُقَ عَلَى أَرْضِهِ وَيَحْكَهُ وَأَنْ يُعَلِّمَ فِيهِ الصَّيَّانَ

هذا ظاهر حكماً وتعليلاً .

وَأَمَّا الْمَعَادِنُ فَثَلَاثُهَا : إِنْ كَانَ ذَهَبًا أَوْ فِضَّةً فإِلَى الْإِمَامِ وَإِنْ كَانَ غَيْرَهُ فَلِصَاحِبِ الْأَرْضِ أَوْ لِأَهْلِ الصَّلْحِ ...

لما تكلم على المنافع المشتركة شرع في الأعيان المستفادة كالمعادن والمياه ، والثلاثة الأقوال قد تقدمت وتقدم الكلام عليها في باب الزكاة ، والأولان مبنيان على أن من ملك ظاهرها هل يملك باطنها أم لا ؟ والفرق استحسان .

وقوله : (فَلِصَاحِبِ الْأَرْضِ) أي : المعين (أَوْ لِأَهْلِ الصَّلْحِ) أي : فتحت صلحاً ، وحاصله : إن قسم المالك قسمين وهو ظاهر ، وإن كان ابن عبد السلام قد اعترض أيضاً قال : وعطف المصنف أهل الصلح على صاحب الأرض أنهم بعض أصحاب الأرض .

وَلَا يَنْظُرُ الْإِمَامُ فِيمَا يَخْرُجُ مِنَ الْبَحْرِ مِنَ الْعَنْبَرِ وَاللُّؤْلُؤِ وَغَيْرِهِ

قد تقدم أيضاً هذا في الزكاة من كلام المصنف ونص على أنه لو اجدته من غير تخميس .

قال في «المدونة»^(٢) : وأما التراب يوجد بساحل البحر فيغسل فيخرج منه ذهب أو فضة

ففيه الزكاة كالمعدن .

(١) « تهذيب المدونة » (٣/١٢٣) .

(٢) « تهذيب المدونة » (٣/٤٣٦) .

وَأَمَّا الْمَاءُ فِي آنِيَةٍ أَوْ بَيْتْرٍ فِي مَلِكِهِ فَيَجُوزُ بَيْعُهُ وَمَنْعُهُ

نبه بقوله : (فِي آنِيَةٍ أَوْ بَيْتْرٍ) على أنه لا فرق في ذلك بين ما ينقص بالاغتراف ولا يخلفه غيره كالآنية أو يخلفه غيره كالبتير فيجوز له بيعه ومنعه على المشهور ، وقال يحيى ابن يحيى : أربح لا أرى أن تمنع : الماء والنار والحطب والكلاء ، وقد ورد بمنع هذه الأربعة حديث ضعيف .

وقيد ابن رشد هذا بالخلاف بما إذا كان البئر أو العين في أرضه بما لا ضرر عليه في الدخول إلى الاستسقاء منها ، وأما البئر التي في دار رجل أو حائطه قد حط عليها فله أن يمنع من الدخول عليه .

وقوله : (وَمَنْعُهُ) مقيد بما إذا لم يؤد ذلك إلى هلاك قوم فيجب عليه حينئذ ، وهل له أن يأخذ العوض عنه ؟ قولان : قال في «المدونة»^(١) : وكل من وجد في أرضه أو داره بئراً فله منعها وبيع مائها وله منع المارة منها إلا بثمن معهم وإن تركوا من غير ماء هلكوا ، وقال أيضاً فيها في الذي انهارت بئرته وخاف على زرعه أن له أن يسقي بماء جاره الذي يجوز بيعه بغير ثمن .

ابن يونس : وإحياء النفوس أعظم من إحياء زرعه بغير عوض فلا .

وَمَا يَسِيلُ مِنَ الْجِبَالِ فِي أَرْضٍ مَبَاحَةً يُسْقَى بِهِ الْأَعْلَىٰ فَلِأَعْلَىٰ إِلَى الْكَعْبَيْنِ ثُمَّ يُرْسِلُهُ...

لما في «الموطأ»^(٢) أنه عليه السلام قال لسيل مهزورٍ ومُذَنَّبٍ : «يُمَسِّكُ حَتَّى الْكَعْبَيْنِ ثُمَّ يُرْسِلُ الْأَعْلَىٰ عَلَى الْأَسْفَلِ» ، ومهزور ومذنب واديان بالمدينة يسيلان .

وفي الصحيح أنه عليه الصلاة والسلام قال للزبير لما أتى مخاصماً لغيره : «اسق يا زبير ثم أرسل الماء إلى جارك ، فغضب الأنصاري فقال : يا رسول الله أن كان ابن عمك ، فتلون وجه رسول الله ﷺ ثم قال : يا زبير اسق ثم احبس الماء حتى يبلغ الجدر ، قال الزبير : فنزلت ﴿ فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ ﴾ الآية [النساء: ٦٥]» ونظرنا في قوله عليه السلام : «احبس الماء» حتى بلغ الجدر فكان إلى الكعبين^(٣) .

(١) «تهذيب المدونة» (٤٤٣/٣) .

(٢) أخرجه مالك (١٤٢٦) .

(٣) أخرجه البخاري (٢٢٣٣) ومسلم (٢٣٥٧) من حديث عروة بن الزبير .

قال الأئمة : وكأنه عليه السلام ندب الزبير إلى إسقاط حقه رعيًا للمجاورة ، فلما تكلم بذلك الرجل استوفى للزبير حقه ، وقوله : (الأعلى) ظاهر التصور .

ابن نافع : والنيل كذلك ، فإن كان الجنانان متقابلين قسم الماء بينهما وإن كان الأسفل مقابلاً لبعض الأعلى حكم لمقابل الأعلى بحكم الأعلى ولمقابل الأسفل بحكم مقابله ، واختلف هل قوله عليه السلام : « إلى الكعبين » بعد ري الجنان وإليه ذهب ابن الماجشون ومطرف وابن وهب ، أو قبل ريه ، وأما إذا روي فيرسل الجميع وهو قول ابن القاسم وابن رشد ، والأول أظهر .

قال ابن كنانة : بلغنا أنه إذا سقى الزرع أمسك الماء حتى بلغ إلى شراك النعل ، وإذا سقى النخل والشجر وما له أصل حتى يبلغ الكعبين ، وأحب إلينا أن يمك غيره حتى يبلغ الكعبين لأنه أبلغ في الري .

وروى زياد عن مالك معنى الحديث أن يجري الأول في الماء بقدر ما يكون في ساقيته إلى الكعبين حتى يروي حائظه ثم يفعل الذي يليه كذلك ، واستحسنه ابن مزين .
وجوز ابن رشد أن يكون وفاقاً لرواية غيره قال : أما إذا لم يكن فيه فضل عما يسقى فيه واحد بعد واحد فإنه يكون خلافاً ، قال : وهو الأظهر .

وعلى المشهور يرسل الأعلى جميع الماء في حائظه ثم ينتهي إلى الكعبين ثم من تحت كذلك هكذا أبداً ما لم يحتج الأول إلى إعادة السقي ثانية فيكون أحق به ثم الذي تحته ، فلا يكون في الماء حق لمن لم ينته إليه متى احتاج الأعلى إلى إعادة السقي ، وعلى رواية زياد لا يأخذ جميعه بل يأخذ منه في ساقيته بقدر ما يكون إلى الكعبين ثم من تحته كذلك حتى يتم الماء ، وأما إن لم يكن في الماء فضل ولا يتأتى به الفضل إلا الواحد فلا حق للأسفل إلا ما فضل عن الأعلى .

وَيُؤْمَرُ بِالتَّسْوِيَةِ فَإِنْ تَعَدَّرَ سَقَى كُلَّ مَوْضِعٍ عَلَى حِدَةٍ

أي : ويؤمر الأعلى بتسوية أرضه إن كان بعضه أعلى من بعض .

قال سحنون : فإن تعذرت عليه التسوية سقى كل ما كان مستوياً على حدة وعد كأنه حوائط ، قاله الباجي .

إِنْ حَدَّثَ إِحْيَاءُ الْأَعْلَى فَلَا تُدْمُ أَحَقُّ

هو كالتقييد لما ذكر من تسمية الأعلى ، وهكذا قال سحنون ورأى أن هذه الصورة تخرج من عموم الحديث ضرب من الاستدلال ، لكن زاد سحنون على ما ذكره المصنف في فرض المسألة زيادة فقال : إن أراد أن ينفرد الأعلى بالماء ويسقي قبل الأسفل الذي أحى قبله وذلك يبطل عمل الثاني ويتلف زرعه ، فالقديم أولى بشرط في إخراج هذه الصورة من العموم أن يكون زرع الأقدم يخشى عليه فيحتمل أن يرى أن الأقدم أولى إذا فقد هذا الشرط رعيًا لظاهر الحديث ما أمكن .

فَإِنْ كَانَ مَسِيلُهُ فِي مَمْلُوكِهِ فَلَهُ حَبْسُهُ مَتَى شَاءَ وَإِرْسَالُهُ

هكذا قال سحنون ، يعني وإن أحب ألا يرسله فذلك له ؛ لأن بدخوله في أرضه يصير أحق به من غيره كما لو صدته نيته وهذا مقابل قوله : أرض مباحة أي غير مملوكة .

فَإِنْ اجْتَمَعَ جَمَاعَةٌ فِي إِجْرَاءِ مَاءٍ إِلَى أَرْضِهِمْ لَمْ يَقْدَمِ الْأَعْلَى ، وَكَانَ بَيْنَهُمْ يُقَسِّمُونَهُ بِالْقَلْدِ وَشِبْهِهِ عَلَى قَدْرِ أَعْمَالِهِمْ ...

تصوره ظاهر ، ولم يقدم هنا لأن الماء ملكوه قبل وصوله إلى أرضهم بسبب أعمالهم ، وبحسب ذلك العمل ويقسم بينهم عليه ، ولما ذكر القلد أخذ يفسره فقال :

وَالْقَلْدُ قَدْرٌ يُثَقَّبُ وَيَمْلَأُ مَاءً لِأَقْلٍ جُزْءٍ وَيَجْرِي النَّهْرُ لَهُ إِلَى أَنْ يَنْفَدَ ثُمَّ كَذَلِكَ لِغَيْرِهِ ...

القدر لغة الحظ من الماء قاله صاحب «المحكم» ، وإطلاقه على القدر من إطلاق الحال على المحل .

وذكر المصنف ثلاث صفات : الأولى أن يثقب القدر بمثقاب ويملأ ماء لأقلهم جزءاً كما لو كان الثمن ، ثم يعلق على ثلاثة شعب ولا يزال النهر جميعه يجري إليه حتى ينفد ما في القلد ، ثم يجعل لصاحب النصف أربعة أمثاله أربع قدور ثم كذلك ، فإن اختلفوا فيمن يبدأ به فالقرعة .

أَوْ يُعْرَفَ مَقْدَارُ مَا يَسِيلُ مِنْهُ يَوْمًا وَلَيْلَةً ، وَيُقَسَّمُ عَلَى أَنْصَابَتِهِمْ ، وَيَجْعَلُ كُلُّ وَاحِدٍ مَقْدَارَهُ فِي قَدْرِ أَوْ قُدُورٍ بِمِثْقَابِ الْأَوَّلِ وَيَجْرِي مِنَ النَّهْرِ لَهُ حَتَّى يَنْفَدَ ...

هذه هي الصفة الثانية ، وذكر أنه ينقب القدر بثقب فيوضع على يد أمين ثم يعلق القدر

مع انصداع الفجر ويجعل تحتها ما ينصب فيه ، وكلما هم أن ينضب الماء زاد فيه حتى يكون سيله معتدلاً لأن النهار كله والليل كله إلى انصداع الفجر فينحيانها ويقتسمان ما اجتمع من الماء على أقلهم سهماً أو كيلاً أو وزناً ثم يجعل لكل واحدٍ قدرٌ تحمل سهمه من الماء ويثقب كل قدر بمثقاب الأول ، فإذا أراد أحدهم السقي غلق قدره بمائة وصرّف له الماء كله مدة سيل الماء من القدر ، وكلماً هم أن ينضب الماء من القدر زيد فيه إذا كان له أكثر من قدر واحد ثم كذلك ، وإن اختلفوا في البداية اقتنعوا ؛ هكذا ذكر هذه الصفة ابن حبيب عن عبد الملك وغيره من علماء المدينة .

وعلى هذا فقول المصنف : (في قِدْرٍ أَوْ قُدُورٍ) ليس بظاهر لأنهم قالوا : يجعل لكل واحد نصيبه في قدر ، ولهذا اعترض ابن يونس فإنهم إذا اختلفت أنصباؤهم كان صاحب الكثير مغبوناً ؛ لأن القدر كلما كبرت ثقل فيها الماء وكثر جريه من الثقب حتى يكون مثلي ما يجري من الصغيرة أو أكثر فيأخذ صاحب القدر الصغيرة أكثر من حقه لخفة جري الماء ، قال : والذي أراه لصاحب الكثير في القدر الأول .

وقد يقال : لعل المصنف أراد بقوله : (في قِدْرٍ أَوْ قُدُورٍ) القولين ؛ أي : قول المدنيين وقول ابن يونس وتكون (أَوْ) للتفصيل ، لكن هو بعيد من كلامه .

عياض : واعترض ابن يونس صحيح ، وقد غفل عما هو أشد منه وهو قوله : «وكلما هم الماء أن ينضب» فهذا فيه من الاعتراض نحو ما ذكره ؛ لأن صاحب القدر من الثقب وهي ممتلئة بخلاف صبها بعد نقصها ، ولو قال كلما نقص من الماء شيء زاده ليكون أخلص حتى يكون جري الماء من الثقب على حد واحد .

وقد تظن لها أبو عبد الله بن العطار وقال : متى نقص الماء من القدر ملأها ولعله مراد ابن حبيب ، وإن كان النضوب في لسان العرف إنما هو عدم الماء وذهابه لا نقصه .

ابن العطار : وإن كان ابتداء شركهما في الأرض معلوماً من ميراث أو شراء أو نحوه وماء القدر حينئذ بينهم ، ثم تقاسموا فيحسب زمان البعيد منه من وقت أرسل إليه لا من وقت وصوله إلى أرضه ؛ لأن الأرض قد ضمت على حالها من القرب والبعد وإن لم يطم في الأرض التي لها ولا قسمته واشتراك قبل ولا كيف كان ملكهم ، يريد وكان ملكهم لها تأخر عن قسمة الأرض فلا يحسب على البعيد، لا من وقت وصول الماء إلى أرضه .

وقال ابن الماجشون في ورثة قسموا أرضاً ولها ماء كثير يكفي البعيد والقريب في السفر

فقلَّ ذلك صار لا يكفي البعيد فأراد نقض القسمة ، فقال : ينقض قسم الأرض ويرد قسم الماء فيزاد من بعد على من قرب بقدر ما يستوي القريب والبعيد في السقي ، فيكون البعيد منه أكثر ما للقريب كما لو قسمت الماء قسماً واحداً .

عياض : وهو غير مخالف للأول ، قال : وإذا كان هكذا لم تصح قسمته ماء القدر بينهم ولا يقاسمه ولا يجمع ما يخرج من القدر حتى يطلق أول الماء إلى أرضه وماء الثقب من القدر يجري في الأرض مرقاً غير مجموع ولا محبوس ، فإذا بلغ أرضه أشهدوا الإناء حينئذ ببلوغه بصوت أو ضرب حتى يبلغهم لحينه فيمتدون حينئذ بجميع الماء في الآنية وحسابه على ما تقدم .

أَوْ يُقَسَّمُ بِخَشَبَةٍ يُجْعَلُ فِيهَا خُرُوقٌ أَوْ بغيرِ ذَلِكَ

هذه هي الصفة الثالثة أي ينصب خشبة وتجعل فيها خروق متساوية للأنصاب يجري منها الماء ، وقوله (أَوْ بغيرِ ذَلِكَ) أي : مما يوصل إلى القسمة كما لو قسم بالسهم ، وقد أطال عياض في هذه المسألة فانظره .

وَأَمَّا مَاءُ الْبَيْتْرِ الَّتِي حُفِرَتْ فِي الْفَيَافِي فَلَا تَبَاعُ وَصَاحِبُهَا أَوْ وَرَثَتُهُ أَحَقُّ بِكِفَايَتِهِمْ ، وَقَالَ ابْنُ الْمَاجِشُونِ : لَا حَظَّ فِيهَا لِلزَّوْجَيْنِ ، وَلَا يُمْنَعُ مَا فَضَلَ

قوله : (وَمَاءُ الْبَيْتْرِ) والمال لأنه كالبيت على المشهور ، وقال المغيرة : له منعه لعظم النفقة فيه وعدم خلف ما أخذ منه فليس كالبيت .

وقوله : (الَّتِي حُفِرَتْ) أي : للمواشي ، وأما النخل والزرع فقال مالك : له المنع ولا يجبر إلا أن ينهدم بئر جاره ويخاف على زرعه فيقضى له عليه حتى يصلح بثره .

الباجي وغيره : ويشترط في الجبر أربعة شروط :

الأول : أن يكون زرع أو غرس على أصل ماء فانهار وأما إن كان على غير أصل ماء فلا يجبر .

الثاني : أن يخاف على زرعه وإلا فلا .

الثالث : أن يفضل ماء عن صاحب البئر .

الرابع : أن يشرع من انهارت بثره في إصلاحها وإلا فلا .

واحترز بالفيافي مما لو حفرها في ملكه فإن له المنع كما تقدم ، والفيافي واحدها فيفاء وهي الصحراء الملساء .

وقوله : (فَلَا تَبَاعُ) إنما لا تباع ؛ لأن العادة جرت فيما حفر على هذا الوجه أن ينتفع ربها بشربها ويبقى ماشيتها ثم يتركها للناس فلذلك كان هو أو ورثته أحق بكفائتهم وما فضل عنه فللناس .

فإن قيل : يباع منها مقدار حق حافرها ، قيل : ذلك الحق غير منضبط وإنما يقدر بحسب عوارض الحاجات .

وظاهر قول المصنف : (لا تَبَاعُ) أن البيع ممنوع ، ونحوه في «المجموعة» و «الواضحة» ففيها : لا يباع ولا يورث ولا يوهب وصاحبها أو ورثته أحق بحاجتهم ، ومن استغنى منهم فليس له أن يعطيه غيره وهو قول ابن الماجشون وأصبغ وابن حبيب ، وهو قول أصحابنا وروايتهم عن مالك ، ونقل الباجي عن «المجموعة» أيضاً أنه قال فيها : قال مالك : لا يجوز بيع بئر الماشية .

قال عبد الوهاب : وظاهر قوله عليه السلام : «لا يمنع فضل الماء ليمنع به الكلاء»^(١) . الباجي^(٢) : وظاهر «المدونة» أن المنع على الكراهة ، ففي الجعل والإجارة : أراه حراماً أي يبيع الماء ويبع أصل البئر .

وصح فيها في موضع آخر بالكراهة قال : وعندي أن الكراهة إذا حفر على معنى الانفراد ، وأما إذا حكم له بحكم الإباحة فالتحريم .

ولذلك حمل صاحب «البيان»^(٣) ما في «المدونة» الكراهة أنه حفرها لنفسه ، وما في «المجموعة» على أن مالكا لم يصدقه في ادعائه أنه حفرها لنفسه ، قال : وعلى هذا تتفق الروايات وهو أولى من حملها على التعارض ، وصاحبها أو ورثته أي بعد موته أحق بكفائته يحتمل في أنفسهم ويحتمل في أدوابهم والأول أولى ففي «المقدمات»^(٤) :

(١) أخرجه البخارى (٢٢٢٦) ومسلم (١٥٦٦) من حديث أبى هريرة - رضى الله عنه .

(٢) «المنتقى» (٣٨٨/٧) .

(٣) «البيان والتحصيل» (٢٦٦/١٣) .

(٤) «المقدمات» (٢٢/٢) .

يبدأ أولاً أهل الماء ثم المارة حتى تروى ثم دواب أهل الماء ثم دواب المارة ثم مواشي أهل الماء ثم الفضل لسائر الناس .

وقال أشهب : دواب المسافرين قبل دواب أهل الماء ثم التبديية لجميع ما يروى به إن كان الماء كافياً للجميع ، وإن لم يكن في الماء فضل بدئاً بأنفس المجهدين ودوابهم وإن استوا عند أشهب بدئاً بالمسافرين .

قال ابن لبابة : إذا استوا في الجهد فأهل الماء أحق بالتبديية لأنفسهم ودوابهم وإن قل الماء جداً وخيف على بعضهم بتبديية بعض أخذ الماء بقدر ما يذهب عنهم الخوف ثم المسافرون كذلك ثم دواب أهل الماء ، قال : ولا خلاف عندي في هذا الوجه ، انتهى .

ابن الماجشون : وإن كان لورثته سنة من تقديم ذي المال الكثير أو قوم على قوم أو كبير على صغير حملوا عليه وإلا استهموا .

قال في «المقدمات»^(١) : وهذا عندي إذا استوى قعددهم من حافرها وأما إن كان بعضهم أقرب فهو أحق بالتبديية قَلَّتْ ماشيته أو كثرت .

قوله : (وَلَا حَظَّ فِيهَا لِلزَّوْجَيْنِ) هكذا قال ابن الماجشون ، وتأوله الباجي وابن رشد وغيرهما على ما إذا لم يكن أحد الزوجين من بطن الآخر ، وقيل : لا يختص ورثة حافرها بما كان له وإنما ذلك لأنه لا تورث بئر المشية على معنى الملك .

وَالْمَسَافِرُونَ أَحَقُّ مِنَ الْمُقِيمِينَ ، وَلَهُمْ عَارِيَةُ الدَّلْوِ وَالرِّشَاءِ وَالْحَوْضِ

يعني : بعد أهل البئر كما تقدم ، ووجهه ظاهر لأنه إذا بدأ بالمسافرين خلصوا لسفرهم وشأنهم .

وقوله : (وَلَهُمْ) أي المسافرين على الحاضرين (عَارِيَةُ) الآلة .

ابن عبد السلام : وهي إطلاقات أهل المذهب أن وجوب عارية الآلة في هذا الباب عامة في حق المليون والفقر ، ولعل ذلك لأن مالكا لم يتخذها للكرء (وَالرِّشَاءِ) ممدود الحبل .

فَلَوْ بَيْنَ حَافِرِهَا وَأَشْهَدَ أَنَّهُ مَلِكٌ فَقَالَ الْبَاجِيُّ : الظَّاهِرُ أَنَّهُ يَمْلِكُ وَلَا نَصَّ فِيهِ

أي : لو بين حافر بئر المشية وأشهد أنه أي المالك ، وكلام الباجي ظاهر .

ونص في «البيان»^(١) على أن الحكم هنا إنما يملك ولم يذكر خلافه ، بل قرره على أنه هو المذهب .

خليل : وهذا مبني على فهمه من «المدونة» إنما هي أنه حفرها لنفسه وأن ذلك متفق عليه كما تقدم .

وَأَمَّا تَوَابِعُ الْمَاءِ مِنَ الصَّيْدِ وَالْكَلِّ ، فَإِنْ كَانَ فِي أَرْضٍ غَيْرِ مَمْلُوكَةٍ لَمْ يُمْنَعْ أَحَدٌ ...

إنما كانت توابع الماء لأنها لا تكون إلا حيث يكون .

وقوله : (فَإِنْ كَانَ) أي : في الأصل وهو الماء وهكذا قال في «الجواهر»^(٢) ، وهذا كالأودية والأنهار والأراضي التي ليست مملوكة وعلة هذه المسألة واضحة ، لأنه لما كان الصيد والكلأ غير مملوكين وكان الماء أيضاً غير مملوك كانا كسائر المباحات فمن سبق كان أحق به ، (وَالْكَلِّ) مهموز مقصور .

الجوهري^(٣) : يطلق على الرطب واليابس ، وقيل : الكلأ بالقصر هو الربيع وبالمد هو الحشيش .

وَأَمَّا الْمَمْلُوكَةُ فَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ : سَأَلْتُ مَالِكًا عَنْ بُحَيْرَاتٍ بِمِصْرَ يَبِيعُ أَهْلُهَا سَمَكَهَا فَقَالَ : لَا يُعْجِبُنِي لِأَنَّهَا تَقَلُّ وَتَكْثُرُ وَلَا أَحَبُّ لَهُ مَنَعُ أَحَدٍ يَصِيدُ ، وَقَالَ سَحْنُونُ : لَهُ مَنَعُهُ ، وَقَالَ أَشْهَبُ : إِنْ طَرَحَوْهَا فَتَوَالَدَتْ مُنَعَتْ

يعني : وأما إن كان الماء مملوكة ، وقوله في رواية ابن القاسم : لا يعجبني هو على المنع بدليل تعليقه بقوله (لِأَنَّهَا تَقَلُّ وَتَكْثُرُ) إذ الجعل مقتضى المنع ، وهذه الرواية رواية في «المدونة» .

ورأى ابن الكاتب أنه إنما منع ذلك لأن الأرض ليست لهم وإنما هم متولون لها إذ أرض مصر أرض خراج ، وأما إن كان أرض أنساب وملكه فله منع الناس ، وقال غيره من القرويين : إنما لا يمنع الناس منها إذا كان لا يصيد ذلك إذ لا يجوز بيعه لأن بيعه غرر ،

(١) «البيان والتحصيل» (١٣/٢٦٦) .

(٢) «الجواهر» (٣/٨٦) .

(٣) «الصحاح» (٢/١٢٠) .

وإلى هذا ذهب صاحب «المقدمات»^(١) لأنه قال : واختلف في الصيد في الغدر والبرك التي تكون في ملك الرجل فقال ابن القاسم : له المنع ، ثم ذكر الثلاثة .

وذكر الباجي^(٢) أن ابن حبيب روى عن أصبغ أن ابن القاسم ساوى بين الناس فيما كان في ملكهم أو غير ملكهم كالكلأ .

قوله : (وَقَالَ سَحْنُونٌ : لَهُمْ مَنَعُهُ) أي : لأهل الأرض منع من يصطاد ورأى أنه يملك الصيد لكونه في أرضه .

وفرق أشهب فقال : إن طرحوها فتوالدت فلهم المنع ، وإن جره الماء فلا ، زاد الباجي في قوله بعد قوله : «وإن لم يطرحوها فلا» إلا أن يضر به الصائدون .

مطرف وابن الماجشون : لهم المنع فيما كان ملكاً لأهله في حوزهم قالا : وما كان في الأنهار والخلج التي لا تملك لمن له بها سكنى أن يمنع من طراً .

الللخمي : وأرى الأرض المملوكة على أربعة أوجه : إن طرحوه فيها أو كان في مذرع وتركها لذلك فهو أحق وإن كان في مذرع ولم يأت أبان الزراعة ولو أتى لمسيل الماء عنها فهو كالكلأ والماء وإمساكه هنا أشبه من الكلأ ومن فضل ماء البئر لأن الكلأ يملك وفضل ماء البئر يذهب تحت الأرض فلا يمنع ما ينفع غيره وإن تركه هلك وذهب ، والحرث يبقى وينمو ويتوالد فكان له منعه وبه أخذ ، انتهى .

وَأَمَّا الْكَلَأُ فَسَأَلَ ابْنَ دِينَارَ ابْنَ الْقَاسِمِ ، وَابْنَ حَبِيبَ مُطَرِّفًا عَنْ مَا يُمْنَعُ مِنْهُ وَمَا يَبَاحُ فَقَالَا : لَا يَبِيعُ وَيَمْنَعُ مَا فِي مَرْوَجِهِ وَحِمَاهُ مِنْ مَلِكِهِ ، وَيَبَاحُ مَا فَضَّلَ عَنْهُ مِمَّا فِي فُحُوصِهَا مِنَ الْبُورِ وَالْعَفَا ، قَالَا : إِلَّا أَنْ يَكْتَنِفَهُ زَرْعُهُ فَلَهُ مَنَعُهُمُ لِلضَّرَرِ ، وَسُئِلَ ابْنُ الْمَاجِشُونِ فَسَوَّى بَيْنَهُمَا فِي بَيْعِهِ إِلَّا مَا فَضَّلَ عَنْهُ مِنَ الْعَفَا ، وَسَوَّى أَشْهَبُ فِي مَنَعِهِ ، وَقَالَ : هُوَ كَالْمَاءِ الْجَارِي لَا يَحِلُّ مَنَعُ مَا فَضَّلَ عَنْهُ وَلَا بَيْعُهُ إِلَّا أَنْ يَجْرَهُ وَيَحْمِلَهُ فَيَبِيعُهُ ...

أي : سأل عيسى ابن القاسم عن رأي مالك وكذلك ابن حبيب سأل ابن الماجشون عن رأي مالك ، هكذا صرح به جماعة .

(١) «المقدمات» (٢٣/٢) .

(٢) «المنتقى» (٣٨٨/٧) .

(وَالْمَرْوَجُ) جمع مفردة مرج .

الجوهري^(١): وهو الموضع الذي ترعى فيه الدواب يسيل فيه الماء وينبت العشب أي في مروجه وحماه مما قد بوره من أرضه ، وأما ما فيه فحوصه وهي الأرض التي لم يبورها للمرعى وإنما ترك زراعتها فنبت فيها الكلاً .

وحاصل ما ذكره المصنف في القسمين ثلاثة أقوال ، ومعنى يباع ما فضل عنه من البور والعفا يعني أن له أن يمنعه من الفحوص إن احتاج إليه وإلا فلا منع له .

وقوله : (قَالَ : إِلَّا أَنْ يَكْتَنَفَهُ زَرْعُهُ) هكذا نقل عنهما في «النوادر»^(٢) لأنه نقل عنهما أنهما قالا: إلا أن يكون عليه في وصول الناس بدوابهم مضرة مثل فدان فيه خصب وحواليه خصب وحواليه الزرع فله منعهم للضرر .

قوله : (وَسُئِلَ ابْنُ الْمَاجِشُونِ) هو القول الثاني والسائل له هو ابن حبيب (فَسَوَّى بَيْنَهُمَا) أي : في القسمين أي بين البور والمروج ، فقال : له أن يمنع إن احتاج ويبيع إن لم يحتاج إلا ما فضل عنه من العفا وهو ما لا يحترث فليس له منعه .
وقال في «البيان»^(٣) : باتفاق .

وقوله : (وَسَوَّى أَشْهَبَ فِي مَنَعِ كِلَاهُمَا وَيَبِّعُهُ) أن يبيع إذا احتاج إليه ولا يبيعه إلا أن يجزه ويحمله ويبيعه هو من نسخة أشهب ، ورأيت أن أذكر كلامه في «البيان» ليتبين لك ما ذكرته ولما فيه من الفوائد وإن كان فيه طول ، قال^(٤): لا يخلو الكلاً أن يكون في أرض غير مملوكة كالبوادي والفيافي فلا خلاف أن الناس كلهم فيه سواء ليس لأحدهم أن يمنعه ، لما في الصحيح : «لا يمنع فضل الماء ليمنع به الكلاً»^(٥) .

واختلف إن سبق أحدهم إليه فنزله فجعل يرعى ما حوله أو حفر بئراً ، هل يكون أحق بقدر حاجته من كلاً ذلك الموضع دون الفضل ؟ فقيل: ليس هو أحق الناس معه أسوة ، وهو نص ابن القاسم وروايته عن مالك في «المدونة» .

(١) «الصحاح» (١٦٤/٢) .

(٢) «النوادر والزيادات» (٢٠/١١) .

(٣) «البيان والتحصيل» (٢٤٦/١٠) .

(٤) «البيان والتحصيل» (٢٤٦/١٠) .

(٥) تقدم تخريجه .

وقال أشهب : هو أحق وإن لم يحفر بئراً فرآه أحق بالسبق ، ومعناه إذا انتجع إليه وقصده من بعد وأما إذا مر به فلا يكون أحق بمجرد سبقه أولاً .

وأول بعضهم قول أشهب على أنه أحق ؛ لأن ذريته لذلك الجنان إحياء ، فيكون أحق بما يحدث فيه من الكلاً مرة أخرى .

وفي المسألة قول ثالث أنه لا يكون أحق بمجرد النزول إلا أن يحفر بئراً وهو ظاهر قول المغيرة وأعدل الأقوال وأولها بالصواب ، لأنه لا يقدر على المقام على الماء إذا لم يكن له في ذلك الموضع مرعى فتذهب نفقته في البئر باطلاً ، وكذلك لو سبق بالنزول وبنى فيه بنياناً أوجب على قياس هذا أن يكون أحق بقدر حاجته لئلا يذهب نفقته باطلاً ، وقد قال عليه السلام : «لا ضرر ولا ضرار»^(١) .

وأما إن كان في أرض مملوكة فهو على أربعة أقسام : أحدها أن تكون محظرة قد حظر عليها بالحيطان كالجنان والحوائط ، والثاني أن تكون غير محظورة إلا أنه حماه من وجه التي قد بورها للمرعى وترك زراعتها من أجل ذلك ، والثالث فداديته وفحوص أرضه التي لم يبورها للمرعى وإنما ترك زراعتها لاستغنائها عن زراعتها وليحبسها للحرث ، والرابع العفا والمرج من أرض قريبة فالمحظرة أن ما فيها لصاحبه له أن يبيعه ويمنعه احتاج إليه أو لم يحتج وليس لأحد الدخول عليه إلا بإذنه .

وأما العفاء والمرج من أرض قريبة فلا خلاف أنه ليس له أن يبيعه ولا يمنع عما فضل عن حاجته منه إلا أن يكون عليه في تخلص الناس بدوابهم ضرر من زرع يكون له حواله فيفسد عليه بالإقبال والإدبار .

وأما الأرض التي بورها للمرعى ويترك الانتفاع بزرعها مدة لأجل ذلك ، فقيل : له أن يمنع إن احتاج إليها ويبيع إن لم يحتج إليه ممن يرعاه أو يحصده وهو مذهب ابن القاسم ، فإن لم يحتج إليه ولا وجد من يبيعه منه جبر على أن يخلي بين الناس وبينه ولا يباح له أن يمنع الناس ويترك حتى ييس ويفسد ، وقيل : له أن يمنع الناس إن احتاج إليه وليس له أن يبيع وهو قول أشهب .

وأما فحوص أرضه وفداديته التي لم يبورها للمرعى فقال ابن القاسم وأشهب : له أن يمنع إن احتاج وليس له أن يمنع إن لم يحتج إليه ، فأشهب رأى أنه ليس له أن يبيع مراعي

أرضه كان قد بورها للكلاً أو لم يبورها لذلك ، وابن القاسم يفرق بين إجازة البيع إذا استغنى عنه وبين الأرض التي بورها للمرعى وبين الأرض التي لم يبورها للمرعى فتحصل في مجموع الطريقتين ثلاثة أقوال ، وفي كل طرف منها على انفرادها قولان .

وقد اختلف فيما وقع في حريم البئر من «المدونة» من قول مالك : إن كانت له أرض فلا بأس أن يبيع كلاًها إذا احتاج إليه وإلا فليخل بين الناس وبينه ، ومن قوله فيها : لا بأس أن يبيع الرجل خصب أرضه ممن يرعى عامة ذلك بعد أن ينبت ولا يبيعه عامين ولا ثلاثة فقييل : إن ذلك اختلاف من قوله ، فمرة رأى للرجل أن يبيع خصب أرضه كان قد وقفها للمرعى أو لم يوقفها مثل قول ابن الماجشون ، ومرة رأى أنه ليس له أن يبيعه كان قد وقف الأرض للمرعى أو لم يوقفها له مثل قول ابن القاسم ، وهو تأويل عيسى بن دينار له ، انتهى .

كتاب الوقف

الْوَقْفُ لَهُ أَرْبَعَةٌ أَرْكَانٌ

الأفصح فيه وقف .

الجوهري^(١) : وفيه لغة رديئة أوقفت قال : وحبت فرساً في سبيل الله أي وقفته فهو محبوس ، وحبس والحبس بالضم ما وقف .

واختار المصنف لغة الوقف على لفظ الحبس لأنه أتمه كما سيأتي .

المَوْقُوفُ : يَصِحُّ فِي الْعَقَارِ الْمَمْلُوكِ لَا الْمُسْتَأْجَرَ مِنَ الْأَرْضِ وَالْدِيَارِ وَالْحَوَائِثِ وَالْحَوَائِطِ وَالْمَسَاجِدِ وَالْمَصَانِعِ وَالْأَبَارِ وَالْقَنَاطِرِ وَالْمَقَابِرِ وَالطَّرِيقِ - شَائِعاً أَوْ غَيْرَهُ ...

(المَوْقُوفُ) خبر ابتداء محذوف ، أي الركن الأول : الموقوف ويصح وقف العقار المملوكة له رقبته لا منفعته وهو يعني (لا المُسْتَأْجَرَ) واعترض على المصنف بأن ظاهره أن المنافع المملوكة دون الرقبة لا يصح وقفها ، وفي الإجارة من «المدونة»^(٢) : ولا بأس أن يكرى أرضه على أن يتخذ مسجداً عشر سنين فإذا انقضت كان النقص للذي بناه ، (وَالْمَصَانِعِ) هو البنيان المرتفع .

وقوله (شَائِعاً أَوْ غَيْرَهُ) يعني يجوز وقف العقار سواء كان شائعاً كما لو وقف نصف دار أو غير شائع .

ولا يريد المصنف أنه يجوز وقف المشاع من غير إذن الشريك فإن ذلك لا يجوز ابتداءً ؛ أعني فيما لا يقبل القسمة ، واختلف إن فعل هل تنفذ تحبيسه أم لا؟ وعلى الثاني اقتصر اللخمي آخر الشفعة ، قال : لأن الشريك لا يقدر حيثنذ على بيع جميعها وإن فسد فيها شيء لم يجد من يصلح معه ، واختار ابن زرب الأول .

للخمي : وإن كانت الدار مما يتقسم جاز له الحبس إذ لا ضرر عليه في ذلك .

وسأل ابن حبيب ابن الماجشون عمّن له شريك في دور ونخل مع قوم فتصدق بحصته من ذلك على ولده أو غيرهم صدقة محبسة ، ومنها ما ينقسم ومنها ما لا ينقسم ومن الشركاء من يريد القسمة ، قال : يقسم بينهم فما أصاب المتصدق منها فهو على التحبیس

(٢) «المدونة» (١١/٤٢٣) .

(١) «الصحاح» (٢/٢٩٠) .

وما لا ينقسم ببيع ، وما أصاب المتصدق من الثمن في حصته اشترى به ما يكون صدقة محبسة في مثل ما سبلها فيه المتصدق ، واختلف هل يقضى عليه بذلك أم لا؟

وَفِي الْحَيَوَانَ وَالْعُرُوضِ رَوَيْتَانِ ، وَقِيلَ : لَا خِلَافَ فِي الْخَيْلِ ، وَقِيلَ : يُكْرَهُ فِي الرَّقِيقِ خَاصَّةً ...

أي : وفي جواز وقف الحيوان ومنعه بحذف مضافين ، والصحيح وهو مذهب «المدونة» الجواز ، لما في «الصحيحين»^(١) أن خالداً رضي الله عنه حبس أدرعه وأعبده في سبيل الله بالباء الموحدة من أسفل ، وفي رواية أعتده بالثناة من فوق .

ولما في البخاري من قوله عليه السلام : «من حبس فرساً في سبيل الله إيماناً واحتساباً وتصديقاً بوعده كان شبعه وريه في ميزانه يوم القيامة»^(٢) .

وفي «البيان»^(٣) ثالث بالكراهة في الحيوان والعروض ، ورابع بالجواز في الخيل والكراهة فيما عداها ، وخامس بالكراهة في الرقيق خاصة لأنه ضيق على العبيد في العتق وهي لملك في «الموازية» ، وهذا هو القول الأخير في كلام المصنف .

قال في «البيان»^(٤) : وهذا إنما هو في التحسيس المعقب أو على النفر بأعيانهم ، وأما تحسيس ذلك لينتفع بعينه في السبيل أو ليجعل غلة ما له غلة من ذلك ببراء أو غيره موقوفة لإصلاح الطرق وبناء المساجد فلا خلاف في جوازه ماعدا العبيد وإلا فمكروه فيهم للتضييق .

وَلَا يَصِحُّ وَقْفُ الطَّعَامِ

نحوه في «الجواهر»^(٥) ، وعلمه بأن منفعتة لا تكون إلا باستهلاك عينه ، وإنما يكون الوقف مع بقاء الذوات لينتفع بها مع بقاء عينها وفيه نظر ، ففي «البيان»^(٦) : وأما الدنانير والدرهم وما لا يعرف بعينه إذا غيب عليه التحسيس فيه مكروه ، وإن وقع كان فيه لآخر

(١) أخرجه البخاري (١٣٩٩) ومسلم (٩٨٣) .

(٢) أخرجه البخاري (٢٦٩٨) من حديث أبي هريرة - رضي الله عنه .

(٣) «البيان والتحصيل» (١٨٩/١٢) .

(٤) «البيان والتحصيل» (١٨٩/١٢) .

(٥) «الجواهر» (٨٨/٣) .

(٦) «البيان والتحصيل» (١٨٩/١٢) .

العقد مالك، إن كان معقباً وإن لم يكن معقباً وكان على معنيين رجع إليه بعد انقراض المحبس عليهم.

وفي «المدونة» في كتاب الزكاة جواز وقف الدراهم والدنانير لتسلف وقد ذكره المصنف، فالطعام ينبغي أن يكون كذلك .

وفي «الميتية» وثيقة بتحسيس امرأة دراهم أو دنانير على ابنتها لتنفقها في نفسها أو نحو ذلك، وفيها أيضاً وثيقة ذلك على رجل يتجر بها .

ابن راشد: وفي الحقيقة هو قرض، ولعل مراد المصنف وابن شاس أنه لا يصح وقفه بشرط بقاء عينه .

الثاني: الموقوف عليه، فلا يشترط قبوله إلا أن يكون معيناً وأهلاً، فإن رد فقيل: يكون لغيره، وقيل: يرجع ملكاً...

أي: الركن الثاني الموقوف عليه، ويشترط قبول الموقوف عليه إذا كان غير معين كالفقراء ونحوهم إذ لو اشترط لما صح الوقف ولما صح أيضاً على المساجد وغيرها إلا المعين فيشترط قبوله .

(وأهلاً) أنه لم يكن أهلاً لقبول كالصغير والسفيه يكون كغير المعين .

ابن عبد السلام وغيره: فيه نظر، وينبغي أن يقام من يقبل له كما لو وهب له أو تصدق عليه .

وقوله: (فإذا رد) أي: الأهل فقيل: يكون لغيره وهو وقف، وهذا القول لمالك في «الموازية» لأن فيها: من أوصى بفرسه في سبيل الله وقال: أعطوه فلاناً فلم يقبله فلان كان حبساً وأعطى لغيره، وإن لم يقل حبساً رد إلى ورثته والقول بأنه يرجع ملكاً منسوب لمطرف، وقيد اللخمي الخلاف بما إذا قصد بوقفه القربة وقال: أرى إن أعطاه ليركبه ليس ليغزو عليه أن يرجع ميراثاً، وإن كان ليغزو عليه فهو موضع الخلاف .

ويصح على الجنين، وعلى من سيولد، وعلى الدمي، بخلاف الكنيسة وشراء الخمر وشبهه، وألوقف في معصية باطل...

ما ذكره من صحة الوقف على الجنين نص عليه محمد بن السليم وابن العطار وابن زرب والباجي في «وثائقه» .

ابن العطار : وزعم بعضهم أن التحيس على الحمل لا يجوز وذلك جائز بدليل جوازه على الأعقاب .

ولعل المصنف ذكر قوله : (وَعَلَى مَنْ سُوِّدُ) كاستدلال ابن العطار والصدقة كذلك .

الباجي^(١) : وقيل : إن الصدقة لا تكون على الحمل .

وقوله : (وَعَلَى الذَّمِّيِّ) لأن في الصدقة عليه أجرا ، ونقل ابن وهب عن مالك جواز وصية المسلم للذمي وهو كالوقف .

أصبح : لا تجوز الوصية للحربي لأن في ذلك قوة لهم على حربهم ، ولا فرق في ذلك بين الوصية والحبس .

وقوله : (بِخِلَافِ الْكَيْسَةِ) الباجي^(٢) : ولو حبس على كنيسة فلا يظهر عنده أنه يرد لأنه وجه معصية كما لو صرفها في شراء الخمر وإعطائها لأهل الفسق ، فظاهر هذا أنه غير منصوص وهو خلاف كلام المصنف .

ابن عبد السلام : وكلام الباجي صحيح وكذلك عكس هذه المسألة ، وقد قال مالك في نصرانية بعثت دنانير إلى الكعبة فقال : يرد إليها .

قوله : (وَالْوَقْفُ فِي مَعْصِيَةِ بَاطِلٍ) ظاهر ، ولو سكت عنه لأخذ مما تقدم .

وَلَا يَشْتَرُ ظُهُورُ الْقُرْبَةِ

لما ذكر أن الوقف في معصية باطل خشي أن يتوهم منه اشتراط ظهور القرية فيبين أن ذلك غير مشروط فيه بل يصح ، يعني إذ هو من باب العطية والهبة .

وَلَا يَصِحُّ عَلَى وَارِثٍ فِي مَرَضِ الْمَوْتِ

لأنه راجع إلى الوصية ولا يجوز ، قال عليه السلام : «وإن الله أعطى كل ذي حق حقه، فلا وصية لوارث»^(٣) .

(١) «المنتقى» (٢٥/٨) .

(٢) «المنتقى» (٢٥/٨) .

(٣) أخرجه أبو داود (٢٨٧٠) والترمذي (٢١٢٠) وابن ماجه (٢٧١٣) وأحمد (٢٢٣٤٨)

والطيالسي (١١٢٧) والطبراني في «الكبير» (٧٥٣١) والبيهقي في «الكبرى» (١١٩٨٢)

من حديث أبي أمامة - رضي الله عنه ، وصححه الألباني - رحمه الله .

وَإِنْ شَرَكَ فَمَا خَصَّ الْوَارِثَ فَمِيرَاثٌ ، وَرَجَعَ بَعْدَ مَوْتِ الْوَارِثِ إِلَى مَرَجِعِهِ

يعني : وإن شرك المريض الوارث في الوقف مع غيره فذلك لا يوجب صحة الوقف مطلقاً وإنما يصح منه لأجنبي ، وما خص لوارث على وجه الملكية إن لم يكن معقباً ، وإن كان معقباً رجع النصيب الموقوف بين جميع الورثة ، ولا يبطل الوقف بسبب ما فيه من التعقب ويبقى بيد جميع الورثة على حكم الإرث ما دام المحبس عليه موجوداً ، فإذا انقرض المحبس عليه رجع إلى مرجعه .

ابن عبد السلام : وإنما يتم ما ذكره المصنف إذا كان الوارث الذي شارك مع الأجنبي بعض الورثة لا كل الورثة ، ولكن اتكل المصنف في بيان ذلك على المثال الذي ذكره .

فَلَوْ وَقَفَ فِي مَرَضِهِ عَلَى ثَلَاثَةِ أَوْلَادٍ وَأَرْبَعَةِ أَوْلَادٍ وَلَدَ وَمَاتَ وَتَرَكَهُمْ وَأُمًّا وَزَوْجَةً
وَالثَّلْثُ الْمَوْقُوفُ يَحْمَلُ فَلَوْلِدِ الْوَالِدِ أَرْبَعَةَ أَصْبَاعٍ وَقَفًّا ، وَالْبَاقِي لِلْوَالِدِ مَوْقُوفٌ بِأَيْدِيهِمْ يُقَسَّمُ
عَلَى الْوَرِثَةِ كغَيْرِهِ ...

هذه المسألة تعرف بمسألة ولد الأعيان ، وقد أفرد الشيخ أبو محمد لها تأليفاً ، وقال سحنون : إنها من حسان المسائل وقل من يعرفها ، وهي في أكثر الكتب خطأ لدقة معانيها وغامض تفريعها ، وليس غرضنا بها حكاية كلامهم بل جل كلام المصنف .

وقوله : (وَلَوْ وَقَفَ) يعني داراً أو غيرها ، واحترز بمرضه مما لو وقف في صحته فإن ذلك ينفذ ، والمراد المرض المخوف فيه على المريض .

قوله : (عَلَى ثَلَاثَةِ أَوْلَادٍ) أي : صلب وهم أولاد الأعيان (وَأَرْبَعَةَ أَوْلَادٍ أَوْلَادٍ) يريد : أو عقبهم فلذلك لم يبطل ما ناب أولاد الصلب لتعلق حق غيرهم به ، فإنه لو مات أولاد الصلب رجع جميعه ونفي لأولاد الأولاد وأعقابهم ولأنه لو مات جميع من حبس عليهم رجع حبساً على أقرب الناس بالمحبس ، وكان ينبغي للمصنف أن ينبه على أن الوقف معقب لكونه شرطاً في المسألة .

وقوله : (وَمَاتَ وَتَرَكَهُمْ) أي : السبعة وترك أمّاً وزوجة والثالث يحمل ما وقفه ؛ لأنه وصية التونسي وإن لم يحمل الثالث فما خرج في الثالث عمل فيه ما يعمل لما حملة الثالث .

وقوله : (فَلَوْلِدِ الْوَالِدِ... إلخ) يعني : فيقسم جميع الوقف على سبعة : أربعة لولد

الولد حبساً .

سحنون ومحمد : إن كانت حالتهم واحدة وإلا فعلى قدر الحاجة .

ابن القاسم : والذكر والأنثى فيه سواء ، قال في «البيان»^(١) : وهذا هو المشهور ، وظاهر ما في «العتبية» لابن القاسم أنه لا يفضل هنا محتاج على غيره وهو مذهب ابن الماجشون ، لأن الحبس في المرض كان بمعنى الوصية لا يفضل فقيرهم على غنيهم .
وإذا اقتسمناه على سبعة : أعطي ولد الأعيان ثلاثة أسهم فتأخذ الأم سدسها والزوجة ثمنها ثم يقسم الباقي بينهم أثلاثاً ، ودخلت الزوجة والأم لأنهم إنما أخذوه على سبيل الإرث ، ولا يختص وارث عن آخر ، ولهذا لو كان في ولد الأعيان أنثى لقسم للذكر مثل حظ الأنثيين .

فَلَوْ مَاتَ أَحَدُ الْأَوْلَادِ رَجَعَ لَوَلَدِ الْوَلَدِ الثُّلَاثَانَ وَالْبَاقِي يَقْسِمُهُ الْوَرَثَةُ وَيَدْخُلُ جَمِيعُ
وَرَثَةِ الْوَلَدِ الْمَيِّتِ بِنَصِيبِ وَلَدِهِ لِأَنَّهُ كَمِيرَاثٍ ...

يعني : (فَلَوْ مَاتَ) والمسألة بحالها أولاً : أحد ولد الأعيان (رَجَعَ لَوَلَدِ الْوَلَدِ الثُّلَاثَانَ) وظاهره أن القسمة تنتقض وهو قول ابن القاسم في رواية يحيى بن يحيى وقول سحنون ومحمد بن يونس ، وهذا كما ينتقض بحدوث ولد الأعيان أو لأحد ولد الولد ، قال : ولا أعلم في نقض القسمة هنا خلافاً ولا ينتقض بموت الزوجة أو الأم اتفاقاً ، وإذا انتقضت القسمة قسم جميع الحبس على ستة : اثنين للباقيين من ولد الأعيان وأربعة لولد الولد ، وهذا معنى قوله : (رَجَعَ لَوَلَدِ الْوَلَدِ الثُّلَاثَانَ) .

قوله : (وَالْبَاقِي) أي : السهمان يقسم على ورثة المحبس فلأم المحبس سدسها وللزوجة ثمنها ثم يقسم الباقي على ثلاثة فيأخذ الولدان الباقيان اثنين ويحيا الميت بالذكر فما نابه يكون لورثته من كانوا ، يدخل فيه زوجة المحبس إن كانت أمه ، وما كان من ولد الولد ولده وغيره ممن هو وارث له ويصير بيد ولد هذا الميت نصيب ، بمعنى الحبس من جده ونصيب بمعنى الميراث من أبيه ، وعلى هذا فلو مات آخر من ولد الأعيان انتقض أيضاً القسم ويقسم كله على خمسة كما تقدم ، وإن مات الثالث رجع الحبس كله لولد الولد .

وروي عن ابن القاسم في «العتبية» قول آخر أن القسم لا ينتقض وقاله سحنون أيضاً ، فإذا مات أحد أولاد الأعيان وقسم ما كان أخذه من القسمة الأولى وهو سُبُعُ الْحَبْسِ

(١) «البيان والتحصيل» (١٢/٢٨٠) .

بانضمام ما أخذنا منه أم الميت الأولى وزوجته ، وبه يكمل السبع فيقال لهذه الأم والزوجة: قد كنتما تحتجان عليه أن يستأثر بذلك وأنتما وارثان معه ، وقد نزلت هذه الحجة فيقسم هذا السبع على ولد الولد وعلى الباقي من ولد الأعيان بالسواء ، فما ناب ولد الولد أخذه وما ناب الباقي من ولد الأعيان أخذت والدة المحبس وزوجته منه السدس والثمن ويقسم الباقي على الباقي ، وعلى الميت أن يحيا بالذكر ويكون ما نابه لورثته .

سحنون : وإنما هذا في الثمار وأشباهاها من الغلات ، وأما فيما يسكن من دار أو زرع من أرض فلا بد من نقض القسم في جميع المحبس .

ورأى ابن يونس أن هذا إنما يصح على القول بعدم نقض القسم ، فإن قيل : فهل ينظر لهذا الخلاف في المعنى أثر؟ قيل : نعم ، وقد بين ذلك ابن يونس فانظره .

فَلَوْ مَاتَ أَوْلاً أَحَدٌ وَوَلَدَ الْوَلَدُ رَجَعَ لَهُمُ النِّصْفُ وَالْبَاقِي عَلَى جَمِيعِ الْوَرَثَةِ فَلَوْ أَنْقَرَضُوا رَجَعَ الْجَمِيعُ كَمِيرَاثٍ لِلْوَرَثَةِ ...

أي : فلو مات أولاً أحد وكَدَّ الْوَلَدُ ولم يمت من أولاد الأعيان شيء رجع لولد الولد النصف ، ظاهره أن القسم يُنْقَضُ وهو أحد قولي ابن القاسم خلافاً لقوله الآخر ، ولا يخفى عليك مما تقدم ما يأتي على كل قول .

وقوله : (فَلَوْ أَنْقَرَضُوا) أي : أولاد الولد (رَجَعَ الْجَمِيعُ كَمِيرَاثٍ) إنما قال : (كَمِيرَاثٍ) لأنه ليس بميراث حقيقة بل إنما ينتفعون به انتفاع الملك ، ولو انقرض أيضاً ولد الأعيان رجعت الدار مثلاً حبساً على أقرب الناس بالمحبس ، قاله في «المدونة» (١) .

قوله : (رَجَعَ الْجَمِيعُ كَمِيرَاثٍ لِلْوَرَثَةِ) أي : فتدخل الأم ، هكذا روى يحيى عن ابن القاسم وابن عبدوس عن سحنون ، وقاله عيسى في «العتبية» خلاف ما له عند ابن عبدوس ، ولا تدخل فيه الأم والزوجة ، وإلى هذا أشار المصنف بقوله :

وَقَالَ سَحْنُونُ : لَا تَدْخُلُ الْأُمُّ وَالزَّوْجَةُ لِأَنَّ رُجُوعَهُ لِلْوَقْفِيَّةِ لِأَنَّهُمْ أَوْلَى

قوله : (لِأَنَّ رُجُوعَهُ لِلْوَقْفِيَّةِ) أي : رجوعه مرجع الأوقاف لا مرجع الميراث لأنه يكون لأقرب الناس بالمحبس ، ويتضح لك قول سحنون هنا بالوقوف على كلامه في «العتبية» (٢) فإنه قال : وإنما تقاسم الأم والزوجة ولد الأعيان إذا هلك الأول وبقي اثنان أو هلك اثنان

(١) «المدونة» (٩٢/١٥) .

(٢) «البيان والتحصيل» (٢٨٢/١٢) .

وبقي واحد ، وأما ما يرجع إليهم من حق ولد الولد فلا تدخل فيه الأم والزوجة لأن ذلك مما يرجع إليهم من وصية قد أنفذت لوجهها ولم تكن فيها محابة لوارث .

سحنون: ألا ترى لو أن رجلاً أوصى لولد ولده بثراً وحبس عليهم وله ولد بصلبه وأم وزوجة لكانت وصيته نافذة لهم لأنهم غير ورثة ولم يكن للزوجة فيها مقال ولا لأم فكذلك هنا، وإلى هذا أشار المصنف بقوله: (لأن رجوعه للوقفية) ولم يرجع على معنى الوصية .

وقوله: (لأنهم) أي لأن أولاد الأعيان أولى من غيرهم بمرجع الحبس .

وفي بعض النسخ (لأنهم أولاد) أي: فيكونون أحق بالمرجع؛ لأنهم أقرب الناس بالحبس .

قال في «البيان»^(١): وقول ابن القاسم: إن الزوجة والأم يدخلان فيما يرجع إليهم من حق ولد الولد هو الصحيح لأنه وصية لوارث إذا لم يرجع إليهم مرجع الأحماس وإنما رجح إليهم بحكم تحبب المحبس عليهم ، وإلى هذا أشار التونسي كما نقله عنه المصنف بقوله: **قَالَ التُّونِسِيُّ: قَوْلُ ابْنِ الْقَاسِمِ صَوَابٌ؛ لِأَنَّ الرَّجُوعَ لَا يَكُونُ مَعَ وُجُودِ الْمُحَبَّسِ عَلَيْهِمْ...**

يعني: أن ما ذكره سحنون من رجوع الوقف للأولاد يعني مراجع الأحماس ليس بجيد وأنه رجح إليهم فإنهم المحبس عليهم ، وإذا كانوا محبساً عليهم امتنع الرجوع بمعنى الوقفية إذ الرجوع مشروط بانقراض من حبس عليه ، وكذلك قال اللخمي: إن قول ابن القاسم أصوب ، وهذا القدر كاف في تصور كلام المصنف ، ومن أحب الزيادة فليقف على كلام الشيخ أبي محمد فيها وكلامه في «البيان» وكلام ابن يونس كاف فيها والله أعلم .

وَلَا تَخْرُجُ لِلْأُمِّ وَالزَّوْجَةِ حَتَّى يَنْقَرِضَ الْأَوْلَادُ فَيَرْجِعَ إِلَى أَقْرَبِ النَّاسِ بِالْمُحَبَّسِ

ظاهر التصور .

وَلَا يَصِحُّ وَثْقُ الْإِنْسَانِ عَلَى نَفْسِهِ ، وَقِيلَ: إِنَّ أُمَّرَدَ

لأن فيه تحجيراً على نفسه وعلى وارثه بعد الموت ولأنه لا بد من تغاير المعطي والمعطى ،

والثاني نقله الباجي^(٢) وابن شاس^(٣) .

(١) «البيان والتحصيل» (٢٨٤/١٢) .

(٢) «المنتقى» (٢٦/٨) .

(٣) «الجواهر» (٩٠/٣) .

ابن عبد السلام : وغيرهم عن ابن شعبان .

وَكَرِهَ مَالِكٌ إِخْرَاجَ الْبَنَاتِ ، وَقَالَ : عَمَلُ الْجَاهِلِيَّةِ ، وَإِذَا وَقَعَ ، فَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ :
الشَّانُ يُبْطَلُ ، وَقَالَ أَيْضاً : إِنْ حِيزَ مَضَى ، وَإِنْ لَمْ يُحْزَرْ عَنْهُ فَلْيُرَدَّهُ مُسَجَّلاً ، وَقَالَ أَيْضاً : إِنْ
فَاتَ مَضَى وَإِلَّا فَلْيَجْعَلْهُ مُسَجَّلاً ، وَقِيلَ : يَجُوزُ عَلَى الْبَنِينَ خَاصَّةً ، وَعَلَى الْبَنَاتِ خَاصَّةً ،
وَقَالَ الْبَاجِيُّ : وَهُوَ مَبْنِيٌّ عَلَى الْهَبَةِ لِبَعْضِ دُونَ بَعْضٍ ...

وقع في «المجموعة» أن عائشة رضي الله عنها نهت عن إخراج البنات من الحبس
وقالت : ما مثل ذلك إلا كما قال الله تعالى : ﴿ وَقَالُوا مَا فِي بُطُونِ هَذِهِ الْأَنْعَامِ ﴾ إلى قوله :
﴿ شُرَكَاءُ ﴾ [الأنعام: ١٣٩] .

وقوله : (وَكَرِهَ مَالِكٌ... إلخ) هو رواه علي وغيره عن مالك ، فإن وقع فروى ابن
القاسم عن مالك : الشَّانُ يُبْطَلُ ؛ وقاله ابن شعبان ، وزاد في «العتبية»^(١) أنه يبطل إذا
شرط أن من تزوج منهن بطلَ حقها .

وقوله : (فَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ) يوهم أنه قاله وإنما رواه ، وانظر هل هذا القول مخالف
للأول لأن الكراهة تقتضي الإمضاء بعد الوقوع ، وهكذا فهم اللخمي عنه .

ابن عبد السلام : والمراد بالكراهة التحريم ، ويدل عليه تعليقه ذلك بأنه من عمل
الجاهلية وليكون موافقاً للقول الثاني .
وقوله : (الشَّانُ) أي عمل الصحابة .

وقوله : (وَقَالَ أَيْضاً) ابن القاسم (إِنْ حِيزَ) عنه (مَضَى) على ما حبسه (وَإِنْ لَمْ يُحْزَرْ عَنْهُ
فَلْيُرَدَّهُ مُسَجَّلاً) أي : مطلقاً وعماماً للبنين والبنات ، يقال : أسجلت الشيء إذا أمكنت من
الانتفاع به من غير قيد .

وقوله : (وَقَالَ أَيْضاً) تصوره ظاهر ، وظاهره أن الفوات بغير حرز ، وفي «البيان»^(٢) :
ظاهر قول مالك أن الحبس لا يجوز ويبطل على كل حال خلاف مذهب ابن القاسم أنه
يمضي إذا فات ولا ينقض ، وفوت الحبس عنده أن يحاز عن المحبس ، انتهى .

وقال اللخمي : وقال ابن القاسم : إن كان المحبس حياً فيفسخه ويدخل فيه البنات ،

(١) «البيان والتحصيل» (٢٩٣/١٢) .

(٢) «البيان والتحصيل» (٢٩٣/١٢) .

وإن حيز أو مات كان على ما حبسه عليه ، وقال : إن كان المحبس حيا فليفسخه ويجعله مسجلاً وإن مات لم يفسخه ، انتهى .

محمد : وإنما يفعل ما قال مالك من حبس الحبس وجعله مسجلاً إذا لم يأت من حبس عليهم ، وإن أبرأ لم يجز فسخه وبقي على ما حبس وإن كان حياً إلا أن يرضوا برده وهم كبار .

وقوله : (يَجُوزُ....إلخ) هو قول ابن نافع وهو في «مختصر الوقار» فظاهره من غير كراهة .

وقوله : (وَقَالَ الْبَاجِيُّ : وَهُوَ مَبْنِيٌّ عَلَى الْهَيْبَةِ) يحتمل هذا أن يعود على الخلاف وأن يعود على القول الرابع فقط ، لكن الباجي ألى رابعاً فيتعين الأول ، على أن صاحب «البيان» ذكر ما يخالف إجراء الباجي فقال^(١) : إخراج البنات من الحبس عند مالك أشد في الكراهة من هبة الرجل لبعض ولده دون بعض إذ لم يختلف في قوله في الهبة ، انتهى .

وخرج اللخمي الأقوال فيما إذا تصدق على بعض دون بعض .

وَشَرَطُ الْوَقْفِ حَوْزُهُ عَنْهُ قَبْلَ فَلْسِهِ وَمَوْتُهُ وَمَرَضُ مَوْتِهِ وَإِلَّا بَطَلَ

وقع هذا إلى قوله : (الصَّيْغَةُ) في بعض النسخ وهي نسخة ابن راشد وابن عبد السلام ، ووقع في بعضها بعد قوله : (الثَّالِثُ الصَّيْغَةُ) عقب قوله : (ثُمَّ عَلَى الْفَقِيرِ) ثم بعده ، (وَالْوَقْفُ لَازِمٌ) وهذه النسخة هي الصواب ، لأن المصنف ذكر أول الباب أن أركانه أربعة وهذا هو الرابع ، وقد صرح ابن شاس^(٢) بذلك ؛ فإن قلت : الشرط خلاف الركن قيل : أطلقه عليه مجازاً لأنهما قد اشتركا في أن الماهية لا توجد دونهما .

فإن قلت : وكذلك على النسخة الأولى تكون الصيغة هي الركن الرابع .

قيل : وقد صرح المصنف بأنها الركن الثالث واشترط فيها الحوز ؛ لأنه أحد أنواع العطايا فاشترط فيه ذلك كسائرهما ، وذكر أن من شرط الحوز أن يكون قبل فلسه وموته ومرض موته وإلا ؛ أي : وإن لم يقع قبل ذلك بطل الوقف ، فقوله : (قَبْلَ مَوْتِهِ) غير قوله : (مَرَضِ مَوْتِهِ) لأنه لا يلزم أن تقول كل موت مرض .

(١) «البيان والتحصيل» (٢٩٣/١٢) .

(٢) «الجواهر» (٩١/٣) .

فرع :

ومن هو الحائز؟ فنقول : التحبيس إذا كان على المساجد ونحوها فلا يفتقر إلى حائز إذا دخل بين الناس وبينه صح وإن كان على معين لم يكن بدءاً من حيازته ، ثم إن كان رشيداً وحاز لنفسه فلا إشكال وإن كان محجوراً عليه فقال ابن الهندي : تصح حيازته لأن القصد خروج ذلك من يد المحبس .

ووقعت في أيام القاضي منذر بن سعيد فشاور فقهاء بلده فأجمعوا على أن ذلك حيازة حاشا إبراهيم بن إسحاق والقاضي في «وثائقه» كقول ابن إسحاق : وهذا الخلاف إنما هو إذا كان له ولي .

ابن راشد : وينبغي أن يتفق على أنه حيازة إذا لم يكن له ولي ، وإن حاز غير المحبس عليه بوكالة فذلك نافذ ولأن قبض الوكيل كقبض الموكل سواء غائباً أو حاضراً وبغير وكالة لا يخلو أن يكون غائباً أو حاضراً ، فإن كان غائباً وجعل المحبس أو الواهب أو المتصدق ذلك بيد من يحوز حتى يقدم فذلك جائز ، وإن كان حاضراً افترق الحال بين الحبس والهبة والصدقة ففي الحبس يجوز أن يقدم المحبس من يحوز له بجري الغلة عليه ، ولا يجوز ذلك في الهبة والصدقة .

فَإِنْ كَانَ يَصْرِفُ مُنْتَفِعَتُهُ فِي مَصْرِفِهَا ؛ فَثَالِثُهَا فِيهَا : إِنْ كَانَ غَلَّةً يَصْرِفُهَا فَلَيْسَ بِحَوْزٍ ، وَإِنْ كَانَ كَفَرَسٍ أَوْ سِلَاحٍ فَحَوْزٌ ...

وإن كان الموقوف لم يحز عنه ولكنه يصرفه في مصرفه فثلاثة أقوال وكلها روايات فيها أي في «المدونة» ، والفرق فإن كان الموقوف ذا غلة فليس بحوز كالديار والحوائط ونحوها وإن لم يكن ذا غلة كالسلاح والكتب يدفعها لمن يقاتل بها أو ينظر فيها ثم يعيدها إلى المحبس ، وهو اختيار صحيح .

وجرى اللخمي هذا القسم من الخلاف ، قال : ويختلف إذا لم يأت وقت إنفاذه للجهاد ولم يطلب القراءة حتى مات المحبس هل يبطل الحبس؟ وقيد اللخمي وغيره القسم الثاني بما إذا لم يتصرف فيه إذا عاد تصرف المالك ، قال : وقراءة الكتاب إذا عاد إليه خفيف وإن أنفذ بعض الحبس ما أنفذ وإن قيل : وهو كحوز الكبير اليسير من صدقة الأب .

وحكى في القسم الأول قولين عن مالك وقيده بما إذا كان حبساً على غير معين وعلم

أنه كان يصرف الغلة في مصرفها ، وأما إن شك هل أنفذ غلته في مصرفها فإنه يبطل الحبس ، وتقييد اللخمي بغير المعين يدل على أنه لو كان معيناً لاتفق على إبطال الحبس ، فإن قلت : ما الفرق على مذهب «المدونة» لقسمين ؟ قيل : لأن خروجها من يده اختياراً لها من عودها إلى يده ، إنما كان بعد صحة الحوز بخلاف ما إذا كان بيده وهو يصرف الغلة في مصرفها .

أَمَّا لَوْ كَانَ وَالِيًا عَلَى مَنْ وَقَفَهُ عَلَيْهِ فَحَوْزٌ إِذَا أَشْهَدَ وَصَّرَفَ الْغَلَّةَ فِي مَصْرِفِهَا

هو كالمخرج من عموم قوله : (وَشَرَطُ الْوَقْفِ حَوْزُهُ عَنْهُ) أخرج من ذلك ما إذا كان الواقف والياً على الموقوف عليه كالأب على صغار ولده والكبار والسفهاء وكالوصي .

ابن عبد السلام : والنص أن الحاضن لا يحوز ، انتهى .

وفي «البيان»^(١) في الفلوس الثالث : اختلف هل يتنزل منزلة الوصي مطلقاً أو لا على أربعة أقوال :

الأول : أنه يتنزل منزلته مطلقاً وهو دليل «المدونة» في القسم ورواية ابن غانم ، فإنه روى عن مالك : إن كان ولي يقيم قريباً أو بعيداً فهل يجوز ما وهب له ، وعليه ما ذكره ابن الهندي في «وثائقه» من جواز بيع المحضون على حاضنه ما له قدر وبال .

والثاني : أنه لا يكون كالوصي على حال .

الثالث : أنه كالوصي إذا كان أما أو جدة أو جدّاً دون سائر القرابة .

الرابع : أنه كالوصي إذا كان خلاف جده أو أخاه .

وقوله : (إِذَا أَشْهَدَ وَصَّرَفَ الْغَلَّةَ) يعني لتمام الحبس شرطان :

أولهما : أن يشهد على التحسيس وقاله ابن القاسم في «العتبية» .

وثانيهما : أن يصرف الغلة في منافع ولده .

ابن زرقون : ذكر الموثقون أن الأب إذا تصدق على ابنه الصغير بما له غلة وقامت البينة أن الأب يستغل ويدخل الغلة في مصالح نفسه إلى أن مات الأب فالصدقة باطلة بمنزلة السكنى إذا لم يخل الدار حتى مات ، ومثله في «المدونة» لابن كنانة ، وظاهر «المدونة»

(١) «البيان والتحصيل» (١٠/٥٣٨) .

خلافه أن الصدقة جائزة لأن الكراء إذا كان محمولاً على أنه لابنه فإنه أنفق مال ابنه ، انتهى ، وقال غيره : المشهور المعمول به البطلان ، وبه كان الشيوخ يفتون ويقضون .

وَيَشْتَرَطُ فِي مَعَايِنَةِ الْحَوْزِ شَهَادَةَ مَعَايِنَةِ الْبَيْتَةِ

يعني : أنه لا بد من معاينة البيعة قبض الحوز عليهم ، هكذا قال ابن راشد وابن عبد السلام ، ولا يكفي إقرار المحبس ؛ لأن المنازع للمحبس عليه إما الوارث وإما الغريم فلو اكتفي في ذلك بالإقرار لزم قبول الإقرار على غيره .

الثالث : الصيغة وما يقوم مقامها فلو أذن في الصلاة مطلقاً ولم يخص شخصاً ولا زماناً فهو كالصريح ...

الركن الثالث : الصيغة ، والواو في قوله بمعنى أو ، وصرح بأو في بعض النسخ ثم بين ما يقوم مقامها بقوله : (فَلَوْ أذِنَ فِي الصَّلَاةِ مُطْلَقاً) أي إذناً مطلقاً ويحتمل في الصلاة مطلقاً ، أي ولم يخص فرضاً ولا نفلاً والأول هو الذي يؤخذ من «الجواهر»^(١) ، وظاهر قوله : (فَلَوْ أذِنَ) أنه لا يلزم تحييس المسجد بمجرد بنيانه .

الباسجي^(٢) : وهو ظاهر «المدونة» وقول مطرف فيه نظر ، وكان يجب أنه يلزم بمجرد البيان إلا أنه لا تتم حيازته إلا بالإباحة للناس .

ابن شعبان : إذا خلى بينه وبين الناس مضى ولا يحتاج أن يجعل بيد قيم سواء كان باب المسجد داخل باب داره أو خارج الباب ، ويحتمل أن يقال : لا يلزم بمجرد البيان لمن جوز أن يبني مثل هذا البيان مسجداً لنفسه في داره .

وَلَفْظُ وَقَفْتُ يُفِيدُ التَّائِيدَ

الذي حكاه عبد الوهاب^(٣) وغيره من العراقيين أن لفظ الوقف يفيد التأييد بالاتفاق ، وقال صاحب «المقدمات»^(٤) وابن زرقون : لفظ الوقف والحبس سواء ، ويدخل في لفظ وقفت من الخلاف ما يدخل في حبست .

(١) « الجواهر » (٣/ ٩١) .

(٢) « المنتقى » (٨/ ٣٠) .

(٣) نقله في « المقدمات » (٢/ ٩٩) .

(٤) « المقدمات » (٢/ ٩٩) .

وَحَبَسْتُ وَتَصَدَّقْتُ إِنْ اقْتَرَنَ بِهِ مَا يَدُلُّ مِنْ قَيْدٍ أَوْ جِهَةٍ لَا تَنْقَطِعُ تَأْبُدًا وَإِلَّا فَرَوَيْتَانِ
(وَحَبَسْتُ) هو على حذف مضاف ؛ أي : ولفظ حبست .

(وَتَصَدَّقْتُ) بذلك على ذلك ، وقوله : (إِنْ اقْتَرَنَ بِهِ مَا يَدُلُّ) على التأييد (مِنْ قَيْدٍ)
أي : في الكلام كقوله : حبس أو صدقة لا يباع ولا يوهب .

واختلف إذا جمع بين اللفظين فقال : حبس صدقة أو بالعكس ، ففي «المدونة»^(١) : لم
يختلف قول مالك : إنه لا يباع ويرجع إلى أقرب الناس يوم المرجع حبساً .

ابن رشد وغيره : وليس صحيحاً ، فإن مالك في «المختصر» أنه يرجع إذا كان على
معين ملكاً كالعمري أو هو قول ابن وهب في «العتبية» أنه يرجع إليه ملكاً مطلقاً إذا حبس
على معين ، وإن قال لا يباع ولا يوهب حياة المحبس عليهم .

وقوله : (لَا تَنْقَطِعُ) أي كما لو حبس على الفقراء وطلبة العلم وإصلاح المساجد ، ولا
فرق في الجهة بين أن تكون محصورة أم لا ، غير أنه إذا تعذر الصرف في الجهة المحصورة
صرف في مثلها ، قاله عياض فقال : وإن جعله على وجه معين محصور كقوله : في وقود
مسجد كذا وإصلاح قنطرة كذا فحكمه كالحبس المبهم أي في التأييد ، وإن تعذر ذلك أي
بخلاء البلد أو فساد موضع القنطرة حتى يعلم أنها لا تبقى وقف إن طمع بعوده إلى حاله
أو صرفه في مثله .

عياض : فإن قال : حبس على فلان ولا يباع ولا يوهب ولا يورث فهي حبس على
مذهبه في الكتاب ، وله في «العتبية» : يرجع ملكاً كالعمري .

وقال مطرف : لو قال : بع هذا على فلان بعينه ؛ فهو حبس ، واختلف فيها في
الصدقة أيضاً ، فروى أشهب عن مالك أنه بتل ولا يضر الشرط ، وقال أشهب وسحنون :
إنه حبس محرّم .

وقال مالك وابن القاسم أيضاً : هي صدقة باطلة إما بتلها أو رجعت إليه ، إلا لصغير
أو سفيه فيشترط له ذلك إلى رشده ، وهو مذهبه أيضاً في الهبة على هذا الشرط وهو
كالصدقة في هذا الاختلاف .

وأما لو قال في جميع هذا : لا يباع ولا يورث ولا يوهب ولا يملك لكان حبساً محرماً
بغير خلاف لارتفاع الاحتمال ، نص عليه البغداديون ، انتهى .

(١) «تهذيب المدونة» (٣/٤١٤) .

وفي كلام المصنف نظر من جهة تسويته بين لفظ الحبس والصدقة ، فإن الحكم في الصدقة على ما قال عياض وغيره أنه قال : إذا قال : صدقة للمساكين ولفلان ؛ أنه تكون لهم أو له ملكاً وبيعاً ويصرف الناظر ثمنها على المساكين على حسب اجتهاده يوم الحكم ، ولا يلزم التعميم إذ هو غير مقدور عليه ولا هو مراد المحبس .

واختلف قول مالك إذا قال صدقة على مجهولين محصورين كقوله : على فلان وعقبه ؛ فعنه في «المدونة» أنه حبس مؤبد يرجع بعد انقراضهم مرجع الأعباس سواء قال : ما عاشوا أم لا .

وفي رواية أشهب أيضاً : يرجع لآخر المحبس عليهم ملكاً ، وقيل : بل حكمها حكم العمري .

وحكى ابن الجلاب^(١) إذا جعلها صدقة في وجه كذا أنها اختلف فيها قول مالك ؛ فمرة جعلها كالعمري ومرة جعلها تنفذ حبساً ، قال : إلا أن يريد أنه تصدق بغير ملكه لا بمنفعته فتكون ملكاً لمن تصدق بها عليه .

عياض : وهو عندي يرجع إلى معنى اختلافه في هذا الوجه المجهول المحصور .

قوله : (وَأِلَّا فَرِوَأَيَّتَانِ) أي : وإن لم يقترن به ما يدل على التأييد ، وهذا يصدق على صورتين :

إحدهما : أن يكون مجرداً عما يدل على عدم التأييد .

والثانية : أن يكون مقترناً بما يدل على عدم التأييد .

الأول : وقد قدمنا أنه مجهول في الصدقة على التملك ، وأما في الحبس فنص ابن رشد وعياض على أنه إذا أطلق وقال : داري حبساً أنه لا خلاف أنه وقف مؤبد لا يرجع ملكاً ، وعلى هذا فالمصنف لم يرد هذه الصورة .

ابن يونس وسند : وكذلك إذا حبسته على محصورين غير معينين كقولك : حبس على ولد فلان ، أو عقبه ، أو بنيه ، أو نسله - فإن هذا ليس فيه اختلاف أنه مؤبد لا يرجع إلى المحبس ويكون بعد انقراض المحبس عليهم حبساً على أقرب الناس بالمحبس إلا أن يقول حياتهم ، فذهب ابن الماجشون إلى أنها ترجع ملكاً بعد انقراضهم ، انتهى .

(١) «التفريع» (٢/٣٥٨) .

وحكى عياض في هذه المسألة خلافاً فقال : وأما إن جعله في وجه محصور غير معين يتوقع انقراضه كقوله على بنى زيد وعلى عمر وولده أو عقبهما أو فرسي حبس على من يغزوه في هذه الطائفة أو لطلبة العلم بمدينة كذا ، فحكم هذا حكم الحبس المطلق المؤبد يمضي أبداً ويرجع بعد انقراض الوجه الذي وجه له لمرجع الأحياس على ما تقدم ، وهذا مذهبه في «المدونة» وغيرها .

واختلف فيه قدماء أصحابه ، ونقل اللخمي عن ابن الجلاب أنها تعود ملكاً وأراه تأوله عليه وسيأتي نقل ابن الجلاب ، وقيل : هي على من وجه كما لو عين وهو الذي له في «المجموعة» ، وعلى هذا فليس هذا محلاً للروايتين وإنما محلها إذا حبس على قوم بأعيانهم ، ونقل ابن الجلاب (١) وغيره فيما إذا حبس في وجه كذا روايتين : إحداهما : أنه يبقى حبساً فإذا انقراض الوجه الذي جعله فيه رجع له ملكاً في حياته ولورثته بعد وفاته .

والثانية : حبساً على أقرب الناس بالمحبس فإذا انقضوا رجع على الفقراء والمساكين ، وهو ظاهر المذهب وهي التي اقتصر عليها في «الرسالة» لثلا يلزم العود في الصدقة وفيه نظر ، وإنما يلزم العود في الصدقة لو كان أولاً بمعنى الصدقة وهو أعم ، ولا فرق فيما إذا حبس على معين بين أن يقول حياته أم لا على ظاهر «المدونة» وتأويل سحنون .

وقال محمد : إن قال في حياته وشبهه فلا يختلف أنه كالعمرى ، ونحوه لمطرف ، قال مالك : وكذلك لو قال على فلان بعينه ، واستبعد ابن رشد قول محمد .

المتيطي : أما لو قال وفقاً على هذه العشرة حياتهم فلا خلاف أنه يرجع ملكاً ، فإن قلت : قول المصنف : (وَالْأَفْرَاطَانِ) يقتضي أنه لا فرق في ذلك بين الحبس والصدقة ، قيل : يحمل على الصورة المتقدمة وهي ما إذا قال : صدقة على مجهولين محصورين ، ثم فرغ على الروايتين فقال :

وَإِذَا لَمْ يَتَأَبَّدْ رَجَعَ بَعْدَ انْقِرَاضِ جِهَتِهِ مَلِكاً لِمَالِكِهِ أَوْ لَوْرَثَتِهِ وَإِذَا تَأَبَّدَ رَجَعَ إِلَى وَرَثَةِ الْمُحْبَسِ مِنَ الْفُقَرَاءِ ثُمَّ عَلَى عَصَبَتِهِمْ ، وَيَدْخُلُ مِنَ النِّسَاءِ مَنْ لَوْ كَانَ رَجُلًا لَكَانَ عَصَبَةً ، وَقِيلَ : لَا تَدْخُلُ النِّسَاءُ ، وَلَا تَدْخُلُ الزَّوْجَةُ وَلَا الْجِدَّةُ لِلْأُمِّ ...

أي : حيث حكمنا بعدم التأبيد فإنه يرجع ملكاً لمالكه إذا كان حياً ولورثته بعد موته وإن

حكمتنا بالتأييد وتعذر صرفه في ما حبس عليه رجع حبساً على أقرب الناس بالمحبس يوم المرجع ، لأنه لما امتنع على هذه الرواية الرجوع إلى المحبس صرف إلى أقرب الناس به لما يجتمع في ذلك من الصلة وسد خلة الفقراء ، قاله ابن كنانة وشرط في الذي يرجع إليه الحبس الفقر بقوله : (مِنَ الْفُقَرَاءِ) لأن (مِنَ) للبيان .

ابن عبد السلام : وهو المشهور ، وقيل : إذا لم يكن أهل المرجع فقراء ولم يكن فيهم من أهل الحاجة أحدٌ أعطي الأغنياء منهم ، وقيل : يدخل الأغنياء في السكنى دون الغلة .
واختلف أيضاً إذا كان في مراجع الأحياس فقراء فأخذوا ما يكفيهم وبقيت بقية ، هل يرجع إلى من هو أبعد منهم أو ترد عليهم ؟

وقوله : (ثُمَّ عَلَى عَصَبَتِهِمْ) أي : من الفقراء ، ولو قال المصنف : ثم عصبية الأقرب فالأقرب لأن عصبية عصبته عصبه له لكان أقرب إلى الفهم .

وأجاب بعض من تكلم على هذا المحل بأنه قصد الاقتداء بعبارة الأقدمين وفيه نظر ، لأنني لم أر هذه العبارة للأقدمين بل الذي لمالك في «العتبية»^(١) أنه يرجع على عصبية المحبس .

وقال ابن القاسم : يرجع إلى أولى الناس من ولد أو عصبية ، وقاله مالك في «الموازية» .

وقوله : (وَيَدْخُلُ مِنَ النِّسَاءِ مَنْ لَوْ كَانَ رَجُلًا لَكَانَ عَصَبَةً) أي : ويدخل من النساء في مراجع الأحياس ، وهكذا قال مالك في «الموازية» ونحوه لأصبع ، وقيل : يدخل النساء هذا القول لابن القاسم في «العتبية»^(٢) لأنه قال : يرجع إلى المحبس قال : إنها ابنة واحدة قال : ليس النساء عصبية إنما يرجع إلى الرجال ، ولم يذكر المصنف على القولين بدخولهن إلا قولاً واحداً وهو : أن من كان من النساء ذكراً كان عصبية وهو مقتضى ما في سماع ابن القاسم .

وعليه فتدخل العمات وبنات العمات وبنات العم وبنات الأخ وبنات الأخوات للأب والأم أو للأب دون الأخوات للأم ، وتدخل أمه وبنات المعتق وقيل : لا يدخل من النساء

(١) «البيان والتحصيل» (١٢/١٨٧) .

(٢) «البيان والتحصيل» (١٢/١٨٧) .

إلا من يرث منهن خاصة ومن البنات وبنات الأبناء والأخوات الشقائق أو لأب وهو قول ابن القاسم في سماع سحنون ، ولا يدخل من النساء إلا من كان من جد من النسب كالبنات وبنات الأبناء والأخوات ولا تدخل الأم لأنها ليست من قوم نسبه ، ولا العمات ولا بنات العم وبنات الأخ ، ولمالك من رواية أشهب أن الأم لا تدخل فأحرى الجدة ، وروي عن ابن القاسم أن الأم تدخل دون الجدة .

صاحب «البيان»^(١) وابن زرقون : ولا خلاف أنه لا تدخل الأخوات للأم ولا الخالات ولا بنات البنات ولا بنات الأخوات وعلى دخولهن فقال مالك في «الموازية» : الذكر والأنثى فيه سواء وإن شرط في أصل الحبس للذكر مثل حظ الأنثيين ، قال : لأن المرجع ليس فيه شرط ولو لم يكن له يوم يرجع إلا ابنة واحدة لكان لها جميعه .

وَالْوَقْفُ لَازِمٌ وَلَوْ قَالَ وَلِيَّ الْخِيَارِ

لأن بقوله : «وقفت» لزم فلا يقبل قوله : (وَلِيَّ الْخِيَارِ) ؛ لأنه رجوع بعد لزومه ، وهكذا في «الجواهر»^(٢) .

ابن عبد السلام : وفيه نظر ؛ لأنه إلزام له غير ما التزمه ، وقال بعض من تكلم هنا : لا أعلم للمصنف موافقا .

خليل : وقد قال جماعة : إن المحبس إذا شرط في حبسه أنه إن ذهب قاض أو غيره إلى كذا يرجع إليّ حبسي فجميع حبسه راجع إليه إن كان حياً أو إلى ورثته أو صدقة لفلان - أن له شرطه ، وكذلك قال : إذا شرط أن من احتاج من المحبس عليهم باع الحبس أنه يصح هذا الشرط ولزم المحبس عليه إثبات حاجته أو اليمين على ذلك إلا أن يشترط المحبس أنه مصدق فله البيع من غير إثبات .

وَلَا يُشْتَرَطُ التَّنَجِيزُ كَمَا إِذَا قَالَ : إِذَا جَاءَ رَأْسُ الشَّهْرِ فَهُوَ وَقْفٌ

تصوره ظاهر .

(١) «البيان والتحصيل» (١٢/١٨٨) .

(٢) «الجواهر» (٣/٩٣) .

وَلَا التَّائِيدُ بَلْ يَصِحُّ جَعْلُهَا مِلْكاً لَهُمْ وَلَغَيْرِهِمْ بَعْدُ

هكذا قال في «المدونة»^(١) و«المجموعة» فيمن قال : داري حبس على عقبي وهي للآخر منهم أنها تكون للآخر منهم ملكاً .

وَلَوْ قَالَ : عَلَيَّ أَوْلَادِي وَلَا أَوْلَادَ لَهُ فَنَفِي جَوَازِ الْبَيْعِ قَبْلَ إِيَّاسِهِ قَوْلَانُ : ابْنُ الْمَاجِشُونِ : يُحْكَمُ بِحَبْسِهِ وَيُخْرَجُ إِلَى يَدِ ثِقَّةٍ لِيَصِحَّ الْحَوَازُ ، وَتُوقَفُ ثَمَرَتُهُ فَإِنْ وُلِدَ لَهُ فَلَهُمْ وَإِلَّا فَلَأَقْرَبِ النَّاسِ إِلَيْهِ ...

القول بالجواز للملك في «الموازية» و«المجموعة» ، قاله فيمن حبس على ولده ثم هو في سبيل الله ، والقول بالمنع لابن القاسم قال : ليس له أن يبيع حتى يئأس من الولد ، قال : ولو أجزت له أن يبيع لأجزت له إن كان له ولد وماتوا أن يبيع ولا ينتظر أن يولد له ، قال : وإن مات قبل أن يولد له صار ميراثاً ، وقول ابن الماجشون ثالث أي أن الحبس قد تم وإن لم يولد له رجع إلى أقرب الناس بالمحبس .

وقوله : (فَإِنْ وُلِدَ لَهُ فَلَهُمْ) ؛ أي الحبس والثمرة ، وإذا بقي وقفاً عليهم رد إليه لأنه لا يصح حوز لولده ، قاله الباجي^(٢) .

وَلَا يُشْتَرَطُ تَعْيِينُ الْمَصْرِفِ لَفُظًا ، بَلْ لَوْ قَالَ : وَقَفْتُ صَرْفَ إِلَى الْفُقَرَاءِ ، وَقِيلَ : فِي وُجُوهِ الْخَيْرِ ...

نحوه في «الجواهر»^(٣) ؛ لأنه قال : وإن قال وقف ولم يعين المصرف صرف إلى الفقراء ، قاله مالك في الكتاب .

وقال القاضي أبو محمد : يصرف في وجوه الخير ، ولفظ «المدونة»^(٤) : ومن قال داري حبس فقط ؛ ولم يجعل لها مخرجاً فهو حبس على الفقراء والمساكين ، إلا أن يرى لذلك وجه يصرف إليه ؛ مثل أن يكون موضع رباط كالإسكندرية وجل ما يحبس الناس فيها السبيل فيجتهد فيها الإمام ، وفي «الجلاب»^(٥) نحو قول القاضي .

(١) «المدونة» (٩٩/١٥) .

(٢) «المنتقى» (٣١/٨) .

(٣) «الجواهر» (٩٣/٣) .

(٤) «المدونة» (٩٩/١٥) .

(٥) «التفريع» (٣٥٩/٢) .

وقال ابن عبد السلام وقوله : (وَقِيلَ : فِي وَجْهِ الْخَيْرِ) عدّه المصنف خلافاً وليس كذلك ، وإنما هو المذهب أن يسأل المحبس إن أمكن عن قصده فيعمل عليه وإن لم يمكن كموته ونحو ذلك نظر إلى غالب ما يحبس الناس فيه ذلك الجهة ، فإن لم يكن غالب صرف إلى الفقراء ، انتهى .

وفيه نظر ، لأنه كلام مع سؤال المحبس والغلبة وإنما الكلام إذا لم يكن واحد منهما ، وقوله في «الجلاب»^(١) : صرف في وجوه الخير أعم من الفقراء ، فهما قولان والله أعلم .
وَمَهْمَا شَرَطَ الْوَاقِفُ مَا يَجُوزُ لَهُ اتَّبِعَ كَتَخْصِيصِ مَدْرَسَةٍ أَوْ رِبَاطٍ أَوْ أَصْحَابِ مَذْهَبٍ بِعَيْنِهِ...

لأن ألفاظ الواقف تتبع كالألفاظ الشارع ، واحتترز بقوله : (مَا يَجُوزُ لَهُ) مما لو شرط معصية ، ولا يعارض هذا بأحد القولين في نقل أنقاض المسجد إذا دثر ويثس من عمارته لخراب البلد ونحوه إلى مسجد آخر ، لأن شرطه إنما يتبع مع الإمكان ولأن هذا أوفق لقصده لدوام الانتفاع بوقفه ، وكذلك روى أصبغ عن ابن القاسم في مقبرة عفت فلا بأس أن يبنى فيه مسجد وكل ما كان لله فلا بأس أن يستعان ببعضه على بعض ، وكذلك قال ابن الماجشون في أرض محبسة لدفن الموتى فضاقت بأهلها وأرادوا أن يتوسعوا ويدفنوا بمسجد بجانبه فلا بأس به وذلك حبس كله .

وسأل ابن وضاح سخنون عن زيت المسجد يكون كثيراً يباع ويدخل في منفعة المسجد قال : تجعل فتائل غلاظ ولم يربيعه ، قال : أيوقد به في مسجد آخر ؟ قال : فلا بأس به ، قال : فالخشبة تكون في المسجد قد عفت لا يكون فيها كثير منفعة أتباع ويشتري بثمنها خشب يرم به المسجد ؟ قال : أما أنا فلا أجعل سبيلاً إلى بيعها أصلاً إلا ثم قولاً ضعيفاً .
وَلَوْ حَبَسَ عَلَى زَيْدٍ وَعَمْرُو ، ثُمَّ عَلَى الْفُقَرَاءِ فَمَاتَ أَحَدُهُمَا فَحَصَّتْهُ لِلْفُقَرَاءِ إِنْ كَانَتْ غَلَّةً ، وَإِنْ كَانَتْ كَرْكُوبٍ الدَّابَّةِ وَشِبْهِهِ فَرَوَيْتَانِ ...

قوله : (عَلَى زَيْدٍ وَعَمْرُو) أي : معينين ، واحتترز من نحو فلان وعقبه أو على بني بنهم وهذا إن بقي واحد فله جميع الغلة .

ابن راشد : قوله : (**ثُمَّ عَلَى الْفُقَرَاءِ**) أي : ثم جعله في آخر على الفقراء أو غيرهم ثم مات بعض الأولين ، فإن كان الحبس يتجزأ بالقسمة كغلة الحائط انتقل نصيب الميت إلى المصرف الثاني ، وإن كان لا يتجزأ بالقسمة كركوب الدابة وسكنى دار فاختلف هل ينتقل نصيب الميت للمصرف الثاني أو لبقية الأولين ؟

ابن عبد السلام : وقد كثر فيها اضطراب المتقدمين وكذلك بين فقيهي قرطبة ابن راشد وابن الحاج ، وألف كل واحد منهما على صاحبه .

كتاب بيان مقتضى الألفاظ

بَيَانُ مُقْتَضَى الْأَلْفَازِ

أي : باب بيان الألفاظ الواقعة ، أي باعتبار ما تدل عليه إذا عبر بها الواقف عن الموقف عليه .

وَوَلَدِي أَوْ أَوْلَادِي يَتَنَاوَلُ وَوَلَدَ الصُّلْبِ مُطْلَقاً وَوَلَدَ ذُكُورِهِمْ وَيُؤْتَرُ الْأَعْلَى ، وَقِيلَ :
يسوى...^و

يعني : إذا قال هذا وقف على أولادي أو على ولدي فإنه يكون على أولاد الصلب مطلقاً ذكراً أو أنثى وولد ذكورهم دون ولد الأنثى وهذا هو المعروف خلافاً لابن عبد البر^(١) وغيره من المتأخرين في إدخالهم .

ودليل الأول الإجماع على عدم دخولهم في قوله : ﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ﴾ [النساء: ١١] ، فإن قيل : قد قال تعالى : ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ﴾ [النساء: ٢٣] وقال : ﴿وَحَلَائِلُ أَبْنَائِكُمُ﴾ ولا شك أن ولد البنت داخل فيها ، قيل : يحمل على المجاز؛ لأننا قد اجتمعنا على أن إطلاق الولد الذكر حقيقة ، فلو كان حقيقة في ولد الأنثى لزم الاشتراك ، ويرجح لك أيضاً المجاز قول الشاعر :

بنونا بنو أبنائنا وبناتنا بنوهن أبناء الرجال الأبعاد

قوله : (ويؤثر الأعلى) على مذهب مالك وابن القاسم في «المدونة» ، والقول بالتسوية للمغيرة ، وعلى المشهور فذلك مع تساوي الحال فإن كانت الحاجة في ولد الولد أوثر وتكون الآباء معهم ، قاله ابن القاسم وعبد الملك ومحمد وهو استحسان ، هذا على قول المغيرة القائل بدخول بني الابن في الحبس ، واختار ابن المواز من قول مالك نفي دخولهم إلا في الفضل .

وَوَلَدِي وَوَلَدِ وَلَدِي - الْمَنْصُوصُ أَيْضاً : لَا يَدْخُلُ وَوَلَدِ الْبَنَاتِ

يعني : وكذلك أولادي وأولاد أولادي ، والمنصوص قول مالك وهو مذهب «المدونة»

على ما وقع في بعض الروايات ، ومقابله هو ما ذكره ابن العطار عن أهل قرطبة أنهم كانوا يفتون بدخولهم وقضى به محمد بن السليم بفتوى أكثر زمانه ، قال في «المقدمات»^(١): وهو ظاهر اللفظ ، لأن الولد يقع على الذكر والأنثى ، فإذا قال على ولدي وولد ولدي فهو بمنزلة قوله على أولادي ذكورهم وإناتهم وعلى أعقابهم .

وأولادي : فلانٌ وفلانٌ وفُلانةٌ وأولادُهُم ؛ يَدْخُلُونَ اتِّفَاقاً ، قَالَ الْبَاجِيُّ : وَأَخْطَأُ ابْنَ زَرْبٍ...

يعني : إذا سُمي الذكور والإناث ثم قال : وأولادهم دخل ولد البنات باتفاق لما سُمي الذكر والأنثى ، وقال : (وأولادُهُم) ولم يختص اختصاص أولاد الذكور ، والباغي هو ابن رشد كما تقدم .

قال في «المقدمات»^(٢) بعد التصريح بخطأ ابن زرب : وكان ابن زرب يفتي بما عليه الجماعة من دخول ولد البنات حتى نزلت فقاسها على ما روي عن موسى بن طارق عن مالك فيمن حبس على ولده ، فقال : ولد البنات ليسوا بعقب ، قال : ورجوع ابن زرب لهذه الرواية غلط لأن الرواية إنما هي فيمن حبس على ولده وولد ولده بخلاف هذه ، فإن تسمية البنات قد صرح به فيها .

فرعاً :

الأول : وقع في سماع سحنون في من قال : داري حبس على ابنتي وعلى ولدها أن ولد الولد يدخلون فيه ، قال غيره : إنما يكون حبسا على ولد الابنة دنية فإذا ماتوا لم يكن لأولاد أولادها شيء .

الثاني : إن قال حبست على أولادي ذكورهم وإناتهم وأعقابهم ولم يسمهم ، ففي «المقدمات»^(٣) : ظاهر المذهب دخولهم ، وفي «الموازية» مسألة استدل بها بعضهم على أن ولد البنات لا يدخلون في المثال المذكور ، وهو قوله في من حبس على ولده الذكر والأنثى وقال في من مات منهم فولده بمنزلته ، قال مالك : لا أرى لولد البنات شيئاً ، وهو استدلال ضعيف .

(١) «المقدمات» (١٠٣/٢) .

(٢) «المقدمات» (١٠٥/٢) .

(٣) «المقدمات» (١٠٥/٢) .

وَوَلَدِي وَوَلَدِهِمْ بَيْنَ الْمَسْأَلَتَيْنِ

أي : أقوى من (وَلَدِي وَوَلَدِ وَلَدِي) وأضعف من (وَلَدِ فُلَانٍ وَفُلَانِ وَفُلَانَةٍ) وقد اختلف في هذه المسألة فحكى ابن أبي زمنين عن مالك عدم دخولهم فيحتمل أن تكون من المسألة الأولى ، وأدخلهم ابن السليم بفتوى أكثر زمانه فيحتمل أن تكون من الثانية .

وَبَنِيَّ وَبَنِيَّ بَنِيَّ كَ«وَلَدِي وَوَلَدِ وَلَدِي» عَلَى الْمَنْصُوصِ

أي : فلا يدخل ولد البنات ، وهكذا في «الجواهر»^(١) فقال : البنون عند مالك يتناول ولد الولد الذكور والإناث ، قال مالك : من تصدق على بنيه وبني بنيه فإن بناته وبنات بنيه يدخلن في ذلك .

وروى عيسى عن ابن القاسم في من حبس على بناته أن بنات بناته يدخلن في ذلك مع بنات صلبه ، والذي عليه جماعة أصحابنا أن ولد البنات لا يدخلون في البنين .

ابن راشد : وعلى ما تقدم على ابن عبد البر وغيره يدخل أولاد البنات ، ولعل هذا هو الذي أشار إليه المصنف بمقابل المنصوص ، على أن يدخل ولد البنات هنا أضعف من دخولهم هناك ، لأن لفظ الولد حقيقة يطلق على الذكر والأنثى ، وأما الابن فلا يطلق على البنت .

وَعَقْبِي كَوَلَدِي فَإِنْ حَالَتْ دُونَهُ أَنْثَى فَلَيْسَ بِعَقْبٍ

فلا يدخل ولد البنات لأن العقب من ينسب إلى الإنسان ، ولم يفرق أحد بين ولدي وعقبى .

وقوله : (فَإِنْ حَالَتْ) أي : بين المحبس والذكر أنثى وهو زيادة إيضاح ، ولو سكت عنه لفهم .

وَنَسْلِي كَذَلِكَ

أي : مثل العقب ، وقيل : ولد البنات يدخلون في النسل .

وَذُرِّيَّتِي يَدْخُلُ وَلَدُ الْبَنَاتِ اتِّفَاقًا ؛ لِأَنَّ عَيْسَى مِنْ ذُرِّيَّةِ إِبْرَاهِيمَ عَلَيْهِمَا السَّلَامُ

هكذا حكى الاتفاق ابن العطار ، واستدل بقوله تعالى : ﴿وَمِنْ ذُرِّيَّتِهِ دَاوُودَ﴾

[الأنعام: ٨٤] إلى قوله: ﴿وعيسى﴾ وهو ولد بنت ، وأجيب بأن عيسى عليه السلام لم يكن له أب وقامت الأم مقامه .

قال في «المقدمات»^(١) : وهو جواب غير صحيح ، وانظره ، وفي الاتفاق نظر ، لأن في «المقدمات» : اختلف في النسل والذرية فقليل : منزلة الولد والعقب لا يدخل البنات فيهما ، وقيل : يدخلون ، وفرق ابن العطار فجعل النسل كالولد بخلاف الذرية .

وَعَلَىٰ إِخْوَتِهِ يَدْخُلُ الذَّكَرُ وَالْأُنثَىٰ

هكذا قال ابن شعبان ، إذا قال داري حبس على إختوتي كانت على ذكورهم وإناثهم من أي جهة ، لقوله تعالى : ﴿فَإِنْ كَانَ لَهُ إِخْوَةٌ فَلَأُمَّهُ السُّدُسُ﴾ [النساء: ١١] وقد أجرى الإناث في الحجب مجرى الذكور .

وَرَجَالِ إِخْوَتِي وَنِسَائِهِمْ ، يَدْخُلُ الصَّغِيرُ مَعَهُمْ

قوله : (يَدْخُلُ الصَّغِيرُ مَعَهُمْ) أي والصغيرة فقيه حذف معطوف ، ويحتمل أن يريد بالصغير الجنس فيعم ، واستدل ابن شعبان على دخولهم بقوله تعالى : ﴿وَإِنْ كَانُوا إِخْوَةً رَجَالًا وَنِسَاءً﴾ الآية [النساء: ١٧٦] .

ابن شعبان : وبهذا حث من حلف لا يكلم رجال بني فلان فكلم صبيانهم الذكور .

وَعَلَىٰ بَنِي أَبِي إِخْوَتِهِ الذُّكُورُ وَأَوْلَادُهُمُ الذُّكُورُ ، وَقَالَ التُّونِسِيُّ : هُوَ اخْتِلَافٌ

لا إشكال في عدم دخول الإخوة للأم هنا ، لأن قوله : (بَنِي) يخرجهم ، وقوله : (إِخْوَتُهُ الذُّكُورُ) أي سواء كانوا أشقاء أو لأب ، وهكذا قال ابن شعبان لأنه قال : على بني أبي دخل فيه إخوته لأمه وأبيه ومن كان ذكراً من أولادهم خاصة مع ذكور ولده لأنهم من ولد أبيه ، وفي كلام المصنف نظر من أوجه :

أولها : كان ينبغي أن يزيد بعد قوله : (وَأَوْلَادُهُمُ الذُّكُورُ) وذكور ولده كما وقع في

الرواية .

ثانيها : قوله : (وَقَالَ التُّونِسِيُّ) وإنما هو ابن شعبان ، وسبب وهمه أن ابن شاس إذا أراد

ابن شعبان عبر عنه بالشيخ أبي إسحاق ، فتوهم المصنف أنه التونسي .

ثالثها : أن ابن شعبان لم يصرح بالمعارضة وإنما أشار إليه ابن شاس ، لأنه لما حكى قول

ابن شعبان ، قال : وهذا يشعر بأنه لا يرى دخول الإنث تحت قوله : بني ، وهو خلاف ما تقدم في الرواية .

ابن عبد السلام : ويمكن أن يفرق بينهما من جهة العرف لا من جهة اللغة ، لأن لفظ (الابن) يستعمل عرفاً في الجنان والبنات أحق بذلك ، بخلاف (بني أبي) فإنه يستعمل في المتناصر ولا مدخل للأثني فيه .

وَأَلِي وَأَهْلِي قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ : سَوَاءٌ ، وَهُمُ الْعَصَبَةُ وَمَنْ لَوْ كَانَ رَجُلًا كَانَ عَصَبَةً ، وَقِيلَ : الْأَهْلُ مَنْ كَانَ مِنْ جِهَةِ أَحَدِ الْأَبْوَيْنِ قَرِيبًا أَوْ بَعْدُوا كَالْأَقَارِبِ

يعني : أن ابن القاسم قال : الآل والأهل سواء ، ويدخل في ذلك من النساء من لو كان رجلاً كان عصبه فتدخل الأخوات والبنات وبنات الأبناء .

الباجي^(١) : وقول ابن القاسم هو المشهور من المذهب .

وقال ابن شعبان : يدخل في الأهل من كان من جهة الأبوين بعدوا أو قربوا ، هكذا روي عن مالك في الأقارب .

وقال أشهب في «المجموعة» : لأنه قال : يدخل فيه كل ذي رحم محرم من قبل أبيه وأمه ، وقاله ابن كنانة لأنه قال : ويدخل فيه من العمات والأخوال والخالات وبنات الأخ وبنات الأخت .

الباجي^(٢) : ويلزم من أدخل في ذلك بني الأخت أن يدخل بني الخالات إلا أن يكون لجهة الأب مزية ، وعلى هذا فيكون قوله : (كالأقارب) استدلال لقول ابن شعبان ، ويحتمل أن يقصد بذلك التشبيه في القولين ، لأنه روي عن مالك في «الموازية» و«المجموعة» في من أوصى للأقارب : يقسم على الأقرب فالأقرب بالاجتهاد .

قال مالك : ولا يدخل ولد البنات ولا ولد الخالات ، وحكى صاحب «المعين» وغيره فيما إذا أوصى لقرابته أو ولد قرابته ثلاثة أقوال :

الأول : لا دخول لقرابته من قبل النساء بحال ، وهو قول ابن القاسم .

الثاني : أنهم يدخلون ، وهو قول مطرف وابن الماجشون وروايتهما عن مالك .

(١) «المنتقى» (٣٥/٨) .

(٢) «المنتقى» (٣٥/٨) .

ابن حبيب : وهو قول جميع أصحاب مالك .

الثالث : لعيسى أنه لا يدخل في ذلك قرابته من النساء إلا ألا يبقى من قرابته من الرجال أحد ، قالوا : وأما إن لم يكن له من قبل الرجال قرابة فلا خلاف أنه لا يكون لقرابته من النساء .

وَعَلَى مَوَالِيهِ رُوِيَ : مَوَالِيهِ الَّذِينَ أَعْتَقَهُمْ فَقَطُّ وَأَوْلَادُهُمْ ، وَرُوِيَ : وَمَوَالِي أَبِيهِ وَأَبْنِهِ ، وَرَجَعَ إِلَيْهِ ، وَرُوِيَ : مَوَالِيهِ وَمَوَالِي مَوَالِيهِ ، وَرُوِيَ : وَمَوَالِي الْجَدِّ وَالْجَدَّةِ وَالْأُمِّ وَالْأَخِ ، وَفِي الْجَمِيعِ يُؤَثَّرُ الْأَحْوَجُ فَإِنْ اسْتَوَوْا فَلِأَقْرَبُ ...

يعني : إذا وقف على مواليه فلا خلاف في دخول من أعتقهم ذكورهم وإنائهم ، ثم اختلف فروى ابن القاسم عن مالك في «العتبية»^(١) : لا يدخل غيرهم ، (وَرُوِيَ : وَمَوَالِي أَبِيهِمْ) دلت الواو على أنه في الرواية وافق على ما في الأولى ، وزاد وكذلك في الثالثة ، وهذه الرواية الثانية لابن القاسم في «العتبية» أيضاً ، (وَرُوِيَ : مَوَالِيهِ وَمَوَالِي مَوَالِيهِ) أي : يدخل في هذه الرواية مواليه وموالي أبيه وابنه وموالي مواليه .

وقوله : (وَمَوَالِي الْجَدِّ) تصوره ظاهر وهي لمالك في «المجموعة» قال فيه : ولا يدخل موالي بني الإخوة والعمومة ، ولو دخلت موالي هذه لدخلت موالي القبيلة . قوله : (وَفِي الْجَمِيعِ) ؛ يعني في جميع الروايات يؤثر الأحوج وإن كان أبعد ، (فَإِنْ اسْتَوَوْا) في الحاجة أوثر الأقرب ، وهكذا في «المجموعة» .

وَعَلَى قَوْمِهِ عَصَبَتُهُ دُونَ النَّسَاءِ

نحوه لابن شعبان ، واستدل بقوله : ﴿ لَا يَسْخَرُونَ ﴾ [الحجرات: ١١] إلى قوله : ﴿ خَيْرًا مِنْهُمْ ﴾ ويقول زهير :

وما أدري ولسوف إخال أدري أقوم آل حصن نساء

وينبغي أن يرجع إلى العرف إن كان هناك عرف .

وَأَطْفَالِ أَهْلِي وَصِبْيَانِهِمْ وَصِغَارِهِمْ - لِغَيْرِ الْبَالِغِينَ

أي : من الذكور والإناث .

(١) «البيان والتحصيل» (١٢/٨٧) .

وَشَبَّانِهِمْ وَأَحْدَانِهِمْ : لِمَنْ بَيْنَ الْبُلُوغِ وَكَمَالِ الْأَرْبَعِينَ

هو ظاهر ، وقاله ابن شعبان .

وَكُهُولِهِمْ لِمَنْ جَاوَزَهَا إِلَى السِّتِّينَ ، وَشُيُوخِهِمْ : لِمَنْ جَاوَزَهَا ، وَالذَّكْرُ وَالْأُنْثَى فِي الْجَمِيعِ سَوَاءٌ ...

يعني : أن يعتمد في جميع هذا على العرف ، وقوله : (وَالذَّكْرُ وَالْأُنْثَى سَوَاءٌ) أي : من الأطفال إلى الشيوخ ، وهو معنى قوله : (فِي الْجَمِيعِ) .

وَأَرَامِلِهِمْ : الذَّكْرُ وَالْأُنْثَى

هكذا قال ابن شعبان أنه إذا قال لأراملهم كان الرجل الأرملة الذي لا زوجة له والمرأة الأرملة التي لا زوج لها ، واستشهد بقول جرير :

هذي الأراميل قد قضيت حاجتها فمن حاجة هذا الأرملة الذكر

ابن عبد السلام : ومن نسب هذا البيت للحطيئة لم يقل شيئاً .

قال ابن السكيت : الأراميل : المساكين رجال أو نساء ويقال لهم وإن لم يكن فيهم نساء .

وَحُكْمُ مُطْلَقِهِ : التَّنْجِيزُ مَا لَمْ يَقْدِرْ بِاسْتِقْبَالِ ، وَهُوَ مِنْ رَأْسِ الْمَالِ فِي الصِّحَّةِ ، وَالتَّنْجِيزُ فِي الْحَيَاةِ ، وَإِلَّا فَيُتْلَى التُّلْثُ ...

أي : حكم المطلق من الوقف التنجيز في الحال إلا أن يقيد باستقبال ، كقوله : أوقف بعد شهر ، وهو استثناء منقطع لأنه إذا قيد باستقبال لا يكون مطلقاً .

وقوله : (مِنْ رَأْسِ الْمَالِ فِي الصِّحَّةِ ، وَالتَّنْجِيزُ) لأن الصحيح لا حجر عليه .

واحترز بالصحة من المرض فإنه إنما يكون في الثلث ، وبالتنجيز بما لو وقع موقوفاً على الموت فإنه إنما يكون في الثلث ، وإليه أشار بقوله : (وَإِلَّا فَيُتْلَى التُّلْثُ) .

وَيَمْلِكُ الْمَوْقُوفُ عَلَيْهِ الْغَلَّةَ وَالشَّمْرَةَ وَاللَّبْنَ وَالصُّوفَ

يملك الموقوف عليه الغلة بخلاف الرقبة فإنها على ملك الواقف ، وعطف الشمرة واللبن والصوف على الغلة من باب عطف الخاص على العام ، أو يقال الغلة أراد بها ما ليس عين

قائمة .

وَتَنَاجُ الْإِنَاثِ وَقَفٌ وَيُبَاعُ فَضْلُ ذُكُورِهَا عَنْ ضَرَابِهَا فِي إِنَاثٍ ، وَمَا كَبُرَ مِنْ إِنَاثٍ
كَالذُّكُورِ ...

لَمَّا كَانَ الْمَقْصُودُ مِنَ الْحَبْسِ بَقَاءَ عَيْنِهِ لِيَنْتَفِعَ بِهِ الْمَحْبَسُ عَلَيْهِ ، وَالْحَيَوَانَ لَا يَطُولُ مَقَامُهُ
كَالرَّبَاعِ ، وَكَانَ التَّنَاسُلُ فِيهِ يَقُومُ مَقَامَ عَيْنِهِ ، فَلِذَلِكَ قَالُوا : لَا يَبِيعُ إِنْثَاهُ وَمَا يَرَادُ مِنَ
الذُّكُورِ لِلضَّرَابِ وَيُبَاعُ مَا لَا يُرْجَى نَسْلُهُ مِنَ الْإِنَاثِ وَمَا اسْتَغْنَى عَنْهُ مِنَ الذُّكُورِ يَرِيدُ
وَيَجْعَلُ فِي إِنَاثٍ ، كَذَا رَوَى ابْنُ الْقَاسِمِ عَنْ مَالِكٍ فِي «الْمَوَازِيَةِ» وَلَعَلَّهُ إِنَّمَا سَكَتَ عَنْ ذَلِكَ
لَمَّا سَيِّدَكَرَ فِي الْفَرَسِ وَالثَّوْبِ .

وقوله : (وَتَنَاجُ الْحَيَوَانَ) أي : الموقوف بحذف الصفة .

وَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ : مَا سَوَى الْعَقَارِ إِذَا ذَهَبَتْ مَنَفَعَتُهُ الَّتِي وَقَفَ لَهَا كَالْفَرَسِ يَهْرَمُ ،
وَالثَّوْبُ يَخْلُقُ - يُبَاعُ فِي مِثْلِهِ أَوْ شِقْصِهِ ، وَقَالَ ابْنُ الْمَاجِشُونِ : لَا يَبِيعُ وَقَفٌ وَإِنْ ذَهَبَتْ
مَنَفَعَتُهُ إِلَّا أَنْ يَكُونَ بِشَرْطٍ ...

ابن عبد السلام : أبقى جماعة قول ابن القاسم على إطلاقه ، وقال اللخمي : إن
انقطعت منفعة الحبس وصار بقاؤه ضرراً جاز بيعه ، وإن لم يكن ضرراً أو رجي أن تعود
منفعته لم يجوز .

واختلف إذا لم يكن ضرر ولا وجبت منفعته ، وكذلك صرح صاحب «البيان» (١)
بالاتفاق على الوجهين الأولين .

وقوله : (إِلَّا أَنْ يَكُونَ بِشَرْطٍ) أي : في أصل الحبس فإنه إن هرم أو فسد بيعه فحيث
يجوز بيعه بالاتفاق .

وَيَتَوَلَّى الْوَقْفَ مَنْ شَرَطَ الْوَأَقِفُ لَا الْوَأَقِفُ وَلَوْ شَرَطَهُ لَمْ يَجْزُ

قال في «الجواهر» (٢) : والنظر في مصالح الوقف إلى من شرط الواقف فإن لم يول
تولاه الحاكم ولا يتولاه بنفسه .

قال في «المختصر الكبير» : ولا يجوز للرجل أن يحبس ويكون هو ولي الحبس .

(١) «البيان والتحصيل» (٩٠/١٢) .

(٢) «الجواهر» (٩٦/٣) .

وقال في «الموازية» في من حبس غلة داره في صحته على المساكين فكان وليا عليها حتى مات وهي بيده أنها ميراث ، قال : وكذلك لو شرط في حبسه أنه يلي ذلك لم يجزه له ابن القاسم وأشهب .

خليل : وانظر قوله في «الموازية» ، وكذلك لو شرطه هل المراد أنه يبطل حبسه وهو ظاهر لفظا ومعنى .

قوله : (أَنَّهُ لَمْ يَجْزُ لَهُ) أي : لم يجز له هذا الشرط بل يصح ويخرج إلى غيرهم ، والأظهر أن معنى ما في «الموازية» أن المحبس مات ولم يجز عنه ولا إشكال في البطلان مع ذلك ، وأما إن كان حيا فإنه يصح الوقف ويخرج إلى يد ثقة لئتم الحوز ، وهكذا فسر ابن عبد السلام كلام المصنف .

فقوله : (لَمْ يَجْزُ) أي : الشرط ويحتمل لم يجز الوقف ويبطل ولو كان حيا ، ويؤيده اختلافهم في الفرع الذي بعده ، ولا شك أن البطلان هنا أقوى من الفرع الذي بعده ، والأول هو القياس كما قدم فيما إذا شرط الخيار أنه يصح الوقف ، ويبطل الشرط ، والضمير في شرطه عائد على (المتولي) المفهوم من يتولى ، ولا يصح أن يعود على الواقف لأنه يؤدي إلى تعدي فعل المضمر إلى ضميره المتصل .

فَإِنْ جَعَلَهُ بِيَدِ غَيْرِهِ وَيَتَسَلَّمُ مِنْهُ غَلَّتْهَا وَيَصْرِفُهَا وَعَلَى ذَلِكَ وَقَفَ - فَقَوْلَانِ

الضمير في (جَعَلَهُ) عائد على الوقف ، وفي غيره يعود على الواقف وفي (مِنْهُ) يعود على الغير ، والقول بالجواز للمالك في «الموازية» وهو قول ابن عبد الحكم .

ابن المواز : وأباه ابن القاسم وأشهب .

الللخمي : وأرى أن يمضي في الوجهين لأنه حبس أنفذ في ما حبس له ولم يعد فيه محبسه وقد تقدم إذا كان الوقف بيد واقفه ويصرف غلته ويخرجه من يده وانتفع به ثم يعود إليه هل يصح الحبس أو لا ؟

ابن عبد السلام : القول بالصحة يصح هنا من باب الأولى ، وعلى القول بالبطلان تأتي القولان اللذان ذكرهما المصنف هنا والله أعلم .

وَيَبْدَأُ بِإِصْلَاحِهِ وَنَفَقَتِهِ وَلَوْ شَرَطَ خِلَافَهُ ، لَمْ يُقْبَلْ

ويبدأ الناظر بإصلاحه إن كان عقاراً وبنفقته إن كان حيواناً ، لأن الغرض من الوقف

دوام المنفعة، ولذلك قال ابن شعبان: لو شرط خلاف البداية بإصلاحه ونفقته لبدئ بذلك وبطل شرطه، لأنه شرط يؤدي إلى بطلان الوقف وما كان كذلك من الشروط لا يوفى بها.

فَإِنْ كَانَتْ دَاراً لِلسُّكْنَى فِيمَا أَصْلَحَ، وَإِمَّا خَرَجَ فَتُكْرَى بِمَا تُصْلَحُ بِهِ

أي: فإن كانت العين الموقوفة داراً للسكنى واحتاجت إلى إصلاح خير الساكن المحبس عليه فإما إن يصلح، وإما أن يخرج فتكرى بما تصلح به ثم يعود، قاله اللخمي، قيل: لأن المحبس لما علم أنها تحتاج إلى إصلاح ولم يوقف لذلك شيئاً فقد أذن في الكراء عند الحاجة.

وَلَوْ شَرَطَ الْوَأَقِفُ إِصْلَاحَهَا عَلَيْهِ لَمْ يُقْبَلْ

(عَلَيْهِ) أي: على الموقوف عليه (لَمْ يُقْبَلْ) أي: الشرط؛ أي: ويصح الوقف وهكذا في «المدونة» وعلل فيها صحة الوقف بأنها فاتت في سبيل الله وبطلان الشرط بأنه راجع إلى الكراء المجهول، قال في «المدونة»: ومرمتها من غلتها.

يحيى بن عمر: وإن كانت موقوفة للسكنى خير الساكن بين أن يصلح أو يخرج فتكرى بما تصلح به وأمضى في المدة الحبس بمجرد العقد.

قال محمد: يرد الحبس ما لم يقبض، قال: ولو اشترط أن يرم ما اغتلت منها بغير كراء جاز، نقله اللخمي.

وَإِنْ كَانَ فَرَساً فِي الْجِهَادِ وَشَبَّهَهُ فَعَلَى بَيْتِ الْمَالِ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ بَيْعَ وَعَوُضَ بِهِ سِلَاحٌ...

أي: وإن كان الموقوف فرساً في الجهاد وشبَّه كالرباط، واحترز بذلك مما لو كانت وقفاً على معين فإنه ينفق عليه من غلته، ويحتمل أن يقرأ (وَشَبَّهَهُ) بالنصب؛ أي: وشبه الفرس العبد ونحوه، وعلى ذلك مشاه ابن راشد.

والنفقة على ذلك من بيت المال، وإن لم يكن بيت مال بيع واشتري ما لا يحتاج إلى النفقة كالسلاح ونحوه؛ لأن السلاح ونحوه أقرب من غيرهما إلى قصد الواقف.

وَقَالَ ابْنُ الْمَاجِشُونِ: تَبَقَى وَلَوْ تَحَقَّقَ هَلَاكُهَا

أي: تبقى العين الموقوفة ولو تحقق هلاكها؛ أي: ولا يباع الفرس ونحوه، وكلام المصنف جار على طريقة من نقل عن ابن الماجشون عدم البيع، وأما على ما نقله اللخمي وغيره كما تقدم فلا.

وَمَنْ هَدَمَ وَقَفًا فَعَلَيْهِ رَدُّهُ كَمَا كَانَ لَا قِيمَتَهُ

أي : لأن قيمته كيبعه ، وإن كان على من هدم عين وقف إعادته كما كان على قول ، وإن كان المشهور خلافه كان ذلك هنا أخرى ، هكذا ذكره في «النوادر»^(١) إلا أنه عزاه لابن كنانة ، ولا ينقض ببيان الحبس وبينون فيه حوانيت للغلة وهو ذريعة إلى تغيير الحبس . ومن سكن حبسا من أهل الحبس أو غيرهم فعليه أن يرد البنيان كما كان قبل أن تؤخذ منه القيمة فتحول الدار عما كان حبسها عليه .

وفي اللخمي : ومن تعدى على حبس فقطع النخل وهدم الدار وقتل العبد أو الفرس أو أفسد الثوب أغرم قيمة ما أفسد ، وإن كان الحبس في السبيل أو في الفقراء جعل ما أخذ من هدم أو قطع نخل في بناء تلك الدار وغراسة تلك النخل ، وفي مثل ذلك العبد والفرس والثوب ، وعلى قول أشهب يصرف فيما يرى أنه أفضل ، ويختلف إذا كان الحبس على معين هل يسقط حقه فيما حبس أو يعود حقه في تلك القيمة .

وَمَنْ أَتْلَفَ حَيَوَانًا وَقَفًا فَالْقِيمَةُ تُجْعَلُ فِي مِثْلِهِ أَوْ شِقْصِهِ

يجعل في مثله إن بلغ وإن لم يبلغ جعل في شقصه أي في بعضه ، ووقع في بعض النسخ بعد النص المتقدم ما نصه : (وَقِيلَ إِنْ لَمْ يَبْلُغْ قِيمَةَ عَبْدٍ قُسِمَ كَالْغَلَّةِ) . ابن راشد : ولم أقف على هذا القول ، وفرق في «المدونة» بين الفرس والثوب ، فذكر في الفرس مثل ما ذكره المصنف أنها إذا لم تبلغ فرسا جعله في شقص فرس ، وقال في الثوب المحبس : إن لم يبلغ تصدق به في السبيل .

بعض القرويين : وليس بخلاف ، ومسألة الفرس محمولة على ما إذا وجد من يشاركه والثوب على ما إذا لم يجد .

وقيل : بل لما كان المقصود في الخيل المنفعة بها في الغزو رجعت أثمانها في مثلها والثياب المنفعة بها للغزاة ، فإذا بليت ولم يتتفعوا بها بنفسها أعطى ثمن ما يبيع من خلقها لهم .

وَفِي بَيْعِ النَّقْضِ قَوْلَانِ

ابن شعبان : لا يباع نقض الوقف إذا خرب ، ومن أصحابنا من أجاز بيعه ولا أقول به ، وكذلك اختلف في نقل الأنقاض إلى وقف آخر ، فقال ابن أبي زمين : إذا خرب المسجد

(١) «النوادر والزيادات» (١١/١٣٢) .

ولم ترج عمارته أخذ وبني به في سائر المساجد ويترك منه ما يكون علماً لثلاث يندرس أثره ، وكذلك قال عبد الغفور : لا يجوز بيع مواضع المساجد الخربة ، ولا بأس ببيع نقضها إذا خيف عليه الفساد للضرورة إلى ذلك ، وتوقف إن رجيت عمارتها وإن لم ترج أعين به في غيره أو صرف النقض إلى غيره ، والمنقول عن ابن القاسم المنع .

ابن عبد السلام : وأهل المذهب منع البيع والنقل والنقض الخشب وما في معناه مما ينتفع به في البنيان .

وَلَا يُنَاقَلُ بِالْعَقَارِ وَلَوْ دُثِرَ وَخَرِبَ مَا حَوْلَهُ ، وَبَقَاءُ أَحْبَاسِ السَّلْفِ دَائِرَةٌ يَدُلُّ عَلَى مَنَعِ بَيْعِهَا وَمِيرَاتِهَا ...

المناقلة : بيع ربع في آخر ، قال ابن شعبان : لا يناقل بالوقف وإن خرب ما حوله ، وقد تعود العمارة بعد الخراب .

واستدل ابن عبدوس على المنع بما ذكره المصنف من بقاء أحباس السلف دائرة أي مهدومة ، وكذلك وقع هذا الاستدلال في نفس «المدونة» .

وفي بعض النسخ : عياض : ورخص في «موطأ ابن وهب» في بيع دائر ويعرض منه ربع ونحوه ، ويكون حبساً .

وفي «الرسالة»^(١) : ولا يباع الحبس وإن خرب ، ويبيع الفرس الحبس يكف ويجعل ثمنه في مثله أو يعان به في مثله ، واختلف في المعاوضة بالربع الخرب بربع غير خرب .

وَعَنْ مَالِكٍ : لَا بَأْسَ أَنْ يُشْتَرَى مِنْ دُورٍ مُحَبَّسَةٍ لِتَوْسِعَةِ مَسْجِدٍ أَوْ طَرِيقٍ لِأَنَّهُ نَفْعٌ عَامٌّ ، وَقِيلَ : فِي مَسَاجِدِ جَوَامِعِ الْأَمْصَارِ لَا الْقَبَائِلِ ...

القول بأن ذلك في كل المساجد نقله في «النوادر»^(٢) عن مالك وقاله سحنون في «نوازله» ، والقول بخصوصية ذلك في مسجد جوامع الأمصار لمطرف وابن الماجشون وأصبع ، ودليل الجواز أن مسجد النبي ﷺ زيد فيه دار محبسة والناس متوافرون في ذلك الوقت ولم ينكر ذلك أحد ، حكاها ابن الماجشون .

(١) «الرسالة» (ص ١١٩) .

(٢) «النوادر والزيادات» (٨٨/١٢) .

وقاس مالك في «المسوط» الطريق فأفتى ابن المكوي بالرواية التي في «المسوط»، وقال ابن زرب : لا يجوز ذلك إلا في مسجده خاصة .

ووقع لأبي عمران في «مسائله»: إذا ضاق الجامع وإلى جانبه حبس المساكين فلا يباع لتوسعة الجامع ، وإن اشترى بثمنه مثله لكن يكرى من مال الجامع ، وأما البيع فلا ، صاحب «البيان»^(١): واختلف هل يقضى عليهم أن يجعلوا الثمن في حبس مثله ، فقال مالك وابن القاسم : ولا يقضى به عليهم ولو استحقت فأخذ فيها ثمننا فعل به ما شاء ، قاله مالك وابن القاسم .

وقال ابن الماجشون في «الثمانية» : ويقضى عليهم ، واختلف إذا أبوا من البيع هل يجبرون وهو قول الأكثر أم لا ؟ وقيل : يجبرون في مساجد الجوامع دون غيرها .

ويُكْرَى الْمُتَوَلَّى بِنَظَرِهِ لِلسَّنَةِ وَالسَّتَيْنِ كَالْوَكِيلِ ، فَإِنْ أَكْرَاهَا لِمَنْ مَرَجَعُهَا إِلَيْهِ جَازَتْ الزِّيَادَةُ ، وَقَدْ أَكْرَى مَالِكٌ رَحِمَهُ اللهُ مَنْزِلَهُ وَهُوَ كَذَلِكَ عَشْرَ سِنِينَ وَأَسْتَكْرَتْ ...

معناه إذا كانت الدار على قوم معينين ثم هي على أولادهم وشبه ذلك ، وأما إن كانت على الفقراء وشبههم فينبغي أن يجوز أوسع من هذا الأجل ؛ إذ لا يتقى في ذلك سوى انهدام الدار ، وهذا الاحتمال لا يمنع من طول الأجل في الدار ، فإن أكرها ممن مرجعها إليه جازت الزيادة .

ابن الماجشون : ومثل الأربع والخمس ، وقيل : يجوز في الأراضي الأربع سنين .

وقوله : (جَازَتْ الزِّيَادَةُ) يعني لضعف القدر لأن الذي له المرجع إنما يعقد على نفسه بخلاف غيره ، وقوله : (سَتَيْنِ) ولو أكرت من غير من مرجعها إليه .

قال في «البيان»^(٢): ويجوز كراء الأمد القريب بغير نقد باتفاق ، [وفي البعيد لا يجوز بالنقد]^(٣) ويختلف هل يجوز بغير نقد في البعيد وبالنقد في القريب على قولين .

ابن عبد السلام : وأجاز جماعة من فقهاء بلدنا وعمل به منذ عشرين عاماً كراء بقعة من أرض الحبس أربعين عاماً أن يبني بها داراً ، وليس الحبس فيها على معينين بعد أن بدل فيها

(١) «البيان والتحصيل» (١٢/٢٣١) .

(٢) «البيان والتحصيل» (١٣/٤١٤) .

(٣) سقط من ط .

مكتريها عرضاً خارجاً في الكثرة عن العادة ، قوله : (وَقَدْ أَكْرَى مَالِكٌ رَحِمَهُ اللَّهُ مَنْزِلَهُ وَهُوَ كَذَلِكَ) أي : مرجعه إليه عشر سنين ، واستكثر المغيرة وغيره العشر .

وَلَا يُفْسَخُ كِرَاءُ الْوَقْفِ لَزِيَادَةِ

قيده في «الجواهر»^(١) بما إذا كان الكراء وقع على وفق القبضة في الحال .

ابن عبد السلام : وأما إن كان فيه غبن فتقبل الزيادة فيه حاضراً أو غائباً ، وأهل تونس في هذا التاريخ وقبله بسنين كثيرة استمروا على أنه يكرى ربيع الحبس على قبول الزيادة فيه ويجعلونه منحلاً من جهة المكري ومنعقداً من جهة المكترى ، وهو قول منصوص عليه في المذهب .

ووقع في «المدونة» ما يقتضيه وإن كان بعضهم رأى ما في «المدونة» خارجاً عن أصول المذهب ، واعتقد من لقيناه أن ذلك مخالف للإجماع لأن ذلك راجع إلى بيع الخيار ولم يجزه أحد إلى سنة .

وأشار ابن رشد إلى أن المسألة ليست كبيع الخيار الذي جعل أمد الخيار فيه سنة ، فإن ذلك يتنقض فيه البيع من أصله إذا أراد حله من جعل له الخيار ، وهنا لا يتنقض إلا ما بقي من المدة .

وَلَا يُقْسَمُ إِلَّا مَا وَجِبَ بِالسُّكْنَى وَغَيْرِهَا ؛ لِأَنَّ الْمَيْتَ يَسْقُطُ وَالْمَوْلُودَ وَالْمُتَجَدِّدَ يَسْتَحِقُّ ، فَلَوْ قَسِمَ قَبْلَهُ فَقَدْ يَحْرَمُ مُسْتَحَقُّ وَيَأْخُذُ غَيْرَهُ ...

ولا يقسم الناظر في كراء الوقف إذا كانت كراء عن منافع مستقبلية ، وسواء كان الكراء عن سكنى أو زراعة أو غيرها إلا ما وجب بمضي مدته ، لأنه لو قسم قبل الوجوب لزم أن يعطى من لا يستحق إذا مات ولزم أن يحرم المولود والغائب وكلامه ظاهر التصور في هذا .

قال ابن الماجشون : لا يكرى الحبس بنقد لأنه يوقف في وقفه تعرض التلف ولأن كراءه بالنقد أقل من غيره فيلزم النقص في العرض من غير فائدة ، وهذا كله إذا كان الوقف على قوم معينين ، وأما إن كان على الفقراء والغزاة وشبههم فيجوز كراؤه بالنقد والصرف للآمر ما أشار إليه المصنف والله أعلم .

(١) «الجواهر» (٣/٩٧) .

وَإِذَا بَنَى الْمَوْقُوفُ عَلَيْهِ فِيهِ أَوْ أَصْلَحَ بِخَشَبٍ أَوْ غَيْرِهِ فَأَمْرُهُ لَهُ ، فَإِنْ مَاتَ وَلَمْ يَذْكُرْهُ فَهُوَ وَقْفٌ قَلٌّ أَوْ كَثْرٌ ، وَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ : لَوْرَثْتَهُ وَلَمْ يَرِ مَا قَالَ مَالِكٌ رَحِمَهُ اللَّهُ ، وَقِيلَ : إِنْ كَانَ يَسِيرًا كَمِيرَابٍ وَنَحْوِهِ فَوْقْفٌ ، وَإِلَّا فَلَا ...

أي : في الواقف فأمره له ، فإن بين أنه له فهو له يورث عنه وإن بين أنه وقف فهو وقف ، فإن مات ولم يذكره فثلاثة أقوال : الأول : لمالك في «المدونة» : أنه يوقف لا شيء لورثته فيه .

الثاني : لابن القاسم في «الموازية» : أنه لورثته ولم ير ما قال مالك ، وما كان لأبيهم حيا فهو لورثته ميتاً واستصوبه أكثرهم ، لأن نفس البناء لا يكون وقفاً وإنما هو على ملكه بدليل لو أوصى بما كان له فالأصل بقاء ملكه حتى يتبين خلافه .

والثالث : للمغيرة الفرق وتصوره ظاهر .

التونسي : وهو الصواب .

وعن ابن القاسم مثل القول الأول ، وحمله التونسي على أن العادة جرت عندهم بذلك ، ووقع لمالك أيضا في كتاب الشفعة : وإذا بنى قوم في دار حبست عليهم ثم مات أحدهم فأراد ورثته بيع نصيبه من البناء فلاخوته فيه الشفعة ، واستحسنه مالك وقال : ما سمعت فيه شيئا .

واختلف الشيوخ هل ما في الموضوعين خلاف أو يقيد ما في الشفعة بما في الحبس ويكونوا معنى أنه أوصى على معينين ؟

وَلَوْ خَرَبَ الْوَقْفُ فَأَرَادَ غَيْرُ الْوَاقِفِ إِعَادَتَهُ فَلِلْوَاقِفِ أَوْ وَرَثَتِهِ مَنَعُهُ لِأَنَّ عَيْنَهُ مِلْكٌ ، وَإِنْ امْتَنَعَ نَقَلَهُ عَنِ الْوَقْفِيَّةِ ...

تصور كلامه ظاهر ، وما ذكره من أن عين الوقف ملك هو المذهب ، نص عليه الباجي^(١) وغيره ، ويستحسن للواقف أو ورثته تمكين غير الواقف من البناء إذا كان وقفا على وجه من وجوه الخير وأراد الباقي إلحاق بنائه بالوقف ، لأن ذلك من باب التعاون على الخير ، قوله وإن امتنع .

قَالَ مَالِكٌ: وَمَنْ حَبَسَ عَلَى قَوْمٍ وَأَعْقَابِهِمْ فَلِلْمُتَوَلَّى تَفْضِيلُ أَهْلِ الْحَاجَةِ وَالْعِيَالِ وَالزَّمَانَةَ فِي السُّكْنَى وَالْغَلَّةَ بِاجْتِهَادِهِ ...

أي: باجتهاد المتولي ، وما ذكره المصنف نص صاحب «البيان»^(١) على أنه المشهور ، قال: وقال ابن القاسم : لا يفضل ذو الحاجة على الغني في الحبس إلا بشرط من المحبس ، قال: وفرق ابن نافع بين السكني والغلة فسوى في السكني والغني والفقير بخلاف الغلة ، وعلى الأول روى ابن القاسم : من حبس على الفقراء وفي سبيل الله وابن السبيل وللغرباء وفي قرابته غني فلا يعطى منه ، ولكن ذو الحاجة .

وفي «المجموعة»: من حبس على قوم وأعقابهم ذلك كالصدقة لا يعطى منه الغني شيئاً ويعطى منه المسرد بقدر حاله ، فإن كان للأغنياء أولاد كبار فقراء بلغوا أعطوا بقدر حاجتهم .

الباجي^(٢): يريد والمسرد الذي له كفاية وربما ضاقت حاله بكثرة عياله ، وإذا تساوا في الفقر والغني أوتر الأقرب وأعطى الفضل من يليه ، وإن اختلفوا أوتر الفقير ، ذكره ابن عبدوس .

الباجي^(٣): وهو إذا كان عدد المحبس عليهم لا ينحصر ولا يفضل على فقرائهم بشيء وإن فضل عن فقرائهم شيء صرف إلى الأغنياء ، وقاله ابن القاسم .
وَأَمَّا عَلَى وَلَدِهِ أَوْ وَلَدِ وَلَدِهِ كَذَلِكَ ، وَقِيلَ: الْغَنِيُّ وَالْفَقِيرُ سَوَاءٌ

أي: كمن حبس على قوم وأعقابهم ، وهو لملك في «المجموعة» ، والقول بأن الغني والفقير سواء لعبد الملك ، قال : لأنه تصدق على ولده وهو يعلم أن منهم الغني والمحتاج فلا يفضل أحدهما على الآخر إلا بنص على ذلك .

أَمَّا إِنْ عَيْنُهُمْ سَوِيٌّ بَيْنَهُمْ

إذا لم يكن الحبس معقباً وكان على معينين كهؤلاء العشرة فإنه يقسم بينهم بالسواء ، واعترضه ابن عبد السلام بأنه أسقط الفاء من جواب أما وهو غير جائز .

(١) «البيان والتحصيل» (١٢/٢١٢) .

(٢) «المتقى» (٨/٣٧) .

(٣) «المتقى» (٨/٣٧) .

وأجيب بأنه اختلف إذا وقعت إن بعد أما هل الجواب لـ (أمّا) وهو مذهب سيبويه أو لـ (إنّ) وهو مذهب الفارسي ، أولهما ؛ فعلى مذهب الفارسي يكون الجواب لـ (إنّ) والماضي إذا وقع جواباً لا يحتاج فيه إلى الفاء والفاء محذوفة مع قول محذوف ؛ أي : فقالوا: سوى بينهم على حد قوله تعالى : ﴿ فَأَمَّا الَّذِينَ اسْوَدَّتْ وُجُوهُهُمْ أَكْفَرْتُمْ ﴾ [آل عمران: ١٠٦] أي : فيقال لهم : أكفرتم .

وَمَوَالِهِ مِثْلُهُ

يعني : بالمثلية التعيين وعدمه .

وَلَا يَخْرُجُ السَّاكِنُ لِغَيْرِهِ وَإِنْ كَانَ غَنِيًّا

يعني : إذا سكن بعض المحبس عليهم لاحتياجه ، ثم استغنى فإنه لا يخرج لغيره إلا أن يكون الواقف شرط ذلك وكان الأصل أن يخرج ، ولعل ما ذكره المصنف وغيره إنما هو لأن عودته إلى حالته الأولى لا تؤمن .

قوله : (وَلَا يَخْرُجُ السَّاكِنُ لِغَيْرِهِ) قال في «الجواهر»^(١) : وإن كان الغير محتاجاً ولم يكن في الدار سعة ، وهذا إنما إذا سكن باستحقاق ، وأما لو بادر أحدهم إلى السكنى فليس له بابتدائه ولكن ينظر الإمام أحوجهم وأقربهم ، قاله ابن كنانة .

ابن القاسم : وإن تساوا في الغناء أو الحاجة فمن سافر فهو أحق بالسكنى وليس على العدد ولكن بقدر العيال ، فليس العزب كالمعيل .

ابن القاسم ومحمد : وإن كان بعضهم حاضراً فهو أولى بالسكنى من الغائب إذا لم يكن على الحاضر فضل ، بخلاف الغلة فإنها تقسم بين الحاضر والغائب بل المحتاج الغائب أولى من الغني الحاضر ثم لا يسقط حق الساكن بسفره إلا أن يسافر سفر انقطاع لبعض ما يعرض للناس كان له أن يكري مسكنه إلى أن يعود ، نقله الباجي وغيره .

وجعل في «البيان»^(٢) السفر البعيد يشبه سفر الانقطاع في انقطاع حقه ، ثم أشار في آخر كلامه أنه إذا جهلت حالته أن ظاهر قول مالك في رواية علي أن غيبته محمولة على

(١) «الجواهر» (٣/١٠٣) .

(٢) «البيان والتحصيل» (١٢/٢١٥) .

الانقطاع والمقام حتى يتبين خلاف ذلك ، وعلى ظاهر قول ابن القاسم محمولة على الرجوع وعدم الانقطاع حتى يتبين خلافه .

ومن كان يسكن من أهل الحبس مع ابنه فباع فإن كان قوياً يمكنه الانفراد فله مسكنه من الحبس ، وإن لم يتزوج وضاق عليه مسكن أبيه ، فأما من ضعف عن الانفراد فلا يسكن إلا أن يتزوج فيكون له حقه في السكنى ، وأما الإناث فلا سكنى لهن في كفالة الأب ، قاله عبد الملك في «المجموعة» .

وَمَنْ وَقَفَ عَلَى مَنْ لَا يُحَاطُ بِهِمْ فَقَدْ عَلِمَ حَمْلُهُ عَلَى الاجْتِهَادِ

يعني : أن من وقف على من لا يحاط بعدده كالفقراء والغزاة بالضرورة يقسم على من حضر منهم على الاجتهاد ؛ لأن العادة دلت على أن المراد من الواقف إن فارق المحبس عليهم وسد خلتهم .

وَمَنْ خَصَّ مَعِينًا مِنَ الْمَوْقُوفِ عَلَيْهِمْ بِشَيْءٍ بُدِيَ بِهِ

لا يريد بالمعين خصوصية الشخص كزيد بل أعم من ذلك ، كما لو حبس على الفقراء وخص من له عيال منهم فليبدأ بالمسمى ، ولابن القاسم في «العتبية»^(١) : إلا أن يعمل في ذلك عامل فيكون أولى بحقه .

ابن القاسم : وكذلك في غلة المبدور .

(١) «البيان والتحصيل» (١٢/٢١٠) .

كتاب الهبة

الهبةُ أركانها ثلاثةٌ

الهبةُ مصدر وهبت له شيئاً وهباً ووهباناً بالتحريك وهبة ، والاسم الموهب والموهبة بكسر الهاء فيهما ، والاتهاب : قبول الهبة ، والاستيهاب : سؤال الهبة ، وتواهب القوم إذا وهب بعضهم لبعض ، ورجل وهاب ووهابة كثير الهبة ؛ لأن الهاء للمبالغة .
صاحب المحكم : ولا يقال وهبك ، هذا قول سيويه ، وحكى السيرافي عن أبي عمرو أنه سمع أعرابياً يقول للآخر : انطلق معي أهبك نفلأ .
اللخمي وغيره : وهو نقل الملك بغير عوض ، وأحكام الهبة والصدقة متفقة إلا في أمرين :

أولها : منع الاعتصار في الصدقات .

وثانيهما : كراهة اشترائها بخلاف الهبة فيهما .

قال في «المقدمات»^(١) : إلا أن تكون الصدقة على الابن فعن مالك في ذلك ثلاث روايات :

أولها : أن الرجوع فيها لا يجوز إلا من ضرورة مثل أن تكون أمة فيتبعها نفسه أو يحتاج فيأخذ [لحاجته]^(٢) ، وهو ظاهر ما في «المدونة» .

ثانيتهما : أن الرجوع فيها بالبيع والهبة يجوز [وإن لم تكن ضرورة ، ولا يكون له الاعتصار ، وهو قول مالك في «كتاب ابن المواز» ، واختيار محمد .

والثالثة : أن الرجوع فيها بالبيع والهبة يجوز^(٣) وأن الاعتصار يكون له ، وهو قول مالك في سماع عيسى ؛ لأنه أجاز أن يأكل ما تصدق به على ابنه الصغير ، وذلك لا يكون إلا بمعنى الاعتصار وهو لا إذن له ، ولا خلاف في شرعيتها .

الصيغَةُ وَشِبْهَهَا مِنْ قَوْلٍ أَوْ فِعْلٍ فِي الإِجَابِ وَالْقَبُولِ

الركن الأول : (الصيغَةُ) وهو لفظ الهبة وما تصرف منها وشبهها ، (قَوْلٍ) كأعطيتك ،

(١) «المقدمات» (٢/٩٥) .

(٢) في ط : حاجة .

(٣) سقط من ط .

أو بذلت لك ، (أَوْ فَعَلٍ) به كالبيع .

وقوله : (فِي الْإِيجَابِ وَالْقَبُولِ) أي : التملك من قبل الواهب والقبول من جهة الآخر .

ابن عبد السلام : ولا ينتقض ما قاله المصنف في الفعل بها ، في كتاب ابن مزين في رجل قال لولده : اجعل في هذا الموضع كرمًا أو حيوانًا أو ابنٍ فيه دارًا ، ففعل الابن ذلك في حياة أبيه ، والأب يقول : كرم ابني وجنان ابني ، أن القاعة لا تستحق بذلك وهي موروثه وليس للابن إلا قيمة عمله منقوضًا ، قال : وقول الرجل في شيء يعرف له : هذا كرم ولدي أو دابة ولدي ، ليس له شيء ولا يستحق منه الابن شيئاً إلا بالإشهاد بهبة أو صدقة أو بيع صغيراً كان أو كثيراً ، وكذلك المرأة فإننا نقول : ليس كل فعل يدل على نقل الملك ، فلا يلزم من كون الفعل غير دال في هذا الموضع على نقل ملك الرقبة إلا أن يكون دالاً في غيره ، وأيضاً فإنه دل على نقل تلك المنفعة زماناً حتى إن الأب لو طلب كراء أرضه في المدة التي انتفع بها الابن لم يكن له ذلك .

وَمِثْلُهَا : الْعُمْرَى كَقَوْلِهِ : أَعْمَرْتُكَ دَارِي أَوْ ضَيْعَتِي وَهِيَ هِبَةٌ الْمَنْفَعَةِ حَيَاتُهُ فَإِذَا مَاتَ رَجَعَتْ لِلْوَاهِبِ أَوْ لَوَرِثَتِهِ كَوَقْفٍ غَيْرِ مُؤَبَّدٍ ...

هي بضم العين ، وسكون الميم مقصور .

الجوهري^(١) : أعمرت داراً أو أرضاً أو إبلًا إذا أعطيتها إياها ، وقلت : هي لك عمري أو عمرك فإذا مت رجعت إلي ، قال لييد :

وما المال إلا معمرات ودائع

والاسم العمري .

وقوله : (وَمِثْلُهَا) أي : في أن أركانها ثلاثة وأنها تنعقد بالصيغة كـ (أَعْمَرْتُكَ) وشبهها من قول كـ «أسكتك داري مدة حياتك» ، أو فعل يدل على ذلك .

وقوله : (وَهِيَ هِبَةٌ الْمَنْفَعَةِ حَيَاتُهُ) استدلال على ما ذكره من الماثلة كأنه يقول : العمري كحقيقة الهبة فوجب استواءهما في الحكم ؛ لأن العمري هبة المنافع ، والهبة هبة الذوات وذلك وصف طردي .

ثم في قوله : (وَهِيَ هِبَةٌ الْمَنْفَعَةِ حَيَاتُهُ) فائدة أخرى وذلك ؛ لأنه لما قال : (كَقَوْلِهِ :

(١) «الصحاح» (٤٩٦/١) .

أَعْمَرْتُكَ دَارِي أَوْ ضَيَّعْتِي) خاف أن يتوهم قصرها على العقار فعرَّفها بما يعم العقار وغيره ، فقد روى ابن القاسم عن مالك في باب العارية جواز العمرى في الرقيق والحيوان قال : ولم أسمع من مالك في الثياب شيئاً ، وهي عندي على ما أعارها من الشرط ، وكذلك نص على أن الحلبي عنده كذلك في باب الهبة .

قوله : (حَيَاتِهِ) أي : حياة الآخذ ؛ فإذا مات المعمر بفتح الميم اسم مفعول رجعت إلى ربها أو لورثته إن مات ، ولا فرق في المذهب بين أن تكون معقبة ك (أَعْمَرْتُكَ) أم لا . وقال أبو حنيفة والشافعي رضي الله عنهما : لا تعود لربها وهي للمعمر أعقبها أم لا ، وقال ابن شهاب : مذهبتنا : إن لم يعقبها ، وبالتالي إن أعقبها لما رواه وغيره عنه عليه السلام أنه قال : «أما رجل أعمر عمرى له ولعقبه فإنها للذي يعطاها لا ترجع إلى الذي أعطاها» (١) ، هذا لأنه أعطاه إطاء أوقعت فيه للموارث ، وجوابه ما قال مالك بإثره : إن العمل ليس عليه وإن المسلمين عند شروطهم ، على أن بعض أصحابنا أوَّل الحديث وقال : المراد به أنه أعطى المنافع لرجل وعقبه فإنه لا تكون له ولعقبه ، ولا يبطل حق عقبه بموته بل حتى ينقرض العقب .

خليل : وقول مالك في «الموطأ» : «ليس العمل على هذا» يقتضي أنه فهمه على خلاف هذا التأويل .

صاحب «الاستذكار» (٢) : وسواء عند مالك وأصحابه ذكر ذلك بلفظ العمرى أو السكنى أو الاستغلال أو الإقفار أو الإخبال ونحو ذلك من العطايا .

والرُقْبَى غَيْرُ جَائِزَةٍ مِثْلُ : إِنْ مِتُّ قَبْلَكَ فَدَارِي لَكَ ، فَإِنْ مِتُّ قَبْلِي فَدَارِكْ لِي

هو بضم الراء وسكون القاف مقصور ، وهي : إعطاء المنفعة لمدة أقصرهما عمراً وهي المراقبة والانتظار ؛ لأن كلا منهما يرقب موت صاحبه .

وقوله : (غَيْرُ جَائِزَةٍ) هو قول ابن القاسم ؛ لأنه قال في رجلين حبسا داراً بينهما على أن من مات منهما أولاً فنصيبه حبس على الآخر : لا خير فيه ؛ لأنه غرر لأنهما خرجا عن وجه المعروف إلى المخاطرة .

(١) تقدم تخريجه .

(٢) «الاستذكار» (٧/٢٣٨) .

اللخمي : ويختلف في ذلك إذا نزل فعلى القول : إن مرجع الحبس إذا كان على معين يعود ملكاً فيبطل هذا الحبس ويصنعان بالدار ما أحبا ، وعلى القول بأنه يرجع حبساً يبطل السكنى خاصة وتكون ملكاً لهما حتى يموت آخرهما فتكون على مراجع الأعباس في «المدونة» يائر ما تقدم ، وسألته عن العبد بينهما يجسانه على أن من مات منهما أولاً فنصيبه يخدم آخرهما موتاً مدة حياته ، ثم يكون العبد حراً بعده فلم يجزه مالك ، إلا أنه ألزمهما العتق بعد موتهما .

وإن مات منهما يحرم ورثته دون صاحبه ويبطل ما أوصى به في الخدمة ؛ لأنه خطر ، وإذا مات أحدهما كان نصيب كل واحد حراً من ثلثه كمن قال : إذا مت فعبيدي يخدم فلاناً حياته ثم هو حر .

واستشكل جمعه بين إلزامه العتق وخروجه من الثلث ؛ لأنه إن كان معتقاً إلى أجل يخرج من رأس المال ، وإن كان موصى به فلا يلزمه العتق لكونه له الرجوع عنه ، وأجيب بأنه كالمدير وفيه نظر ، فإن أصله في مثل هذا أنه لا يكون مدبراً حتى يقصد به التدبير ، وإن لم يقصد به ذلك فهو موصى بعقده على ما قاله في أول كتاب المحجور ، قالوا : على وجه التميم ، فإن مات الأول نظر فإن حمل الثلث نصيبه خدم الورثة بقيمة الأجل ، وإن لم يحمله الثلث خير الورثة بين أن يجيزوا أو يعتقوا منه محمل الثلث بتلاً .

الثاني : الموهوب : كُلُّ مَمْلُوكٍ يَقْبَلُ النَّقْلَ

أي الركن الثاني ، واحترز بقبول النقل من أم الولد والاستمتاع بالزوجة ، فإن ذلك لا يقبل النقل شرعاً ، واعترض بأنه تجوز هبة ما لا يجوز نقل الملك فيه كجلد الأضحية وكلب الصيد .

وجوابه أن جلد الأضحية قابل النقل وإنما الممتنع نقله على وجه خاص أعني بالبيع ، وظاهر قول ابن شعبان بطلان هبة جلد الأضحية ونحوها ؛ لأنه قال : من وهب ما لا يحل بيعه بطلت الهبة كانت لثواب أو غير ثواب .

فَتَصِحُّ فِي الْمَجْهُولِ وَالْأَبْقِ وَالْكَلبِ وَالْمَرْهُونِ

هكذا في بعض النسخ ، وفي بعضها بالواو وبالفاء أحسن .

وقوله : (الْمَجْهُولِ) هو المعروف من المذهب وهو ظاهر «المدونة» وغيرها .

وفي «النوادر»^(١) : أعرف لابن القاسم في غير موضع أن هبة المجهول جائزة، نقل المتيطي عن جماعة من الموثقين : الأبق من معرفة المتصدق به وقدره .

واستحب اللخمي ألا يفعل إلا بعد المعرفة بقوله وهبته خوف الندم بعد معرفته به ، قال : واختلف إن فعل ثم تبين أنه على خلاف ما كان يظن ، فقال ابن القاسم في «العتبية» فيمن تصدق بميراثه من رجل ثم تبين أنه خلاف ذلك : إن له أن يرد عطيته ، وكذلك في «الواضحة» .

وقال محمد بن عبد الحكم : لا رجوع له وأرى له مقالاً بردّ الجميع تارة من غير شركة، وتارة يكون شريكاً ، فإن كان الوارث يرى أن للموروث داراً يعرفها في ملكه وبدلها الميت في غيبته بأفضل كان له أن يرد جميع العطية إذا قال : كان قصده تلك الدار، وإن خلف مالا حاضراً ثم طرأ مال لم يعلم به مضت العطية فيما علم خاصة ، وإن كان جميع ماله حاضراً أو كان يرى أن قدره كذا ثم تبين أنه أكثر كان شريكاً بالزائد .

ابن عبد السلام : ولا خلاف في جواز هبة الكلب ؛ لأنه يورث .

وقوله : (وَالْمَرْهُونَ) تصوره ظاهر ، ثم فرع على ذلك فقال :

وَيُخَيَّرُ الْمُرْتَهَنُ فِي إِمضَائِهَا ؛ فَإِنْ لَمْ يُمضَ فَنَفِي جَبْرِهِ عَلَى افْتِكَاكِهِ مُعَجَّلًا إِنْ كَانَ لَا يَجْهَلُ أَنَّ الْهَبَةَ لَا تَتَمُّ إِلَّا بِتَعْجِيلِهِ - قَوْلَانِ ، وَعَلَى النَّفْيِ يَحْلِفُ مَا قَصَدَ التَّعْجِيلَ ، وَيَقْضِي فِي الْأَجَلِ إِنْ كَانَ مُوسِرًا وَيَأْخُذُهُ الْمَوْهُوبُ لَهُ ...

إذا وهب الراهن ما رهنه خير المرتهن في إمضاء الهبة وعدم إمضاءها ، فإن أمضى فلا كلام ولوضوحه تركه المصنف ، وإن لم يمضها ففي إجبار الواهب على افتكالك المرهون معجلاً إن كان الواهب لا يجهل أن الهبة لا تتم إلا بتعجيل الدين قولان ، مذهب «المدونة» الإجبار .

اللخمي : وقد قيل في هذا الأصل : ليس عليه أن يعجل ، وهذا هو الذي فرعه المصنف على نفي إجبار حيث قال : وعلى النفي يحلف ما قصد التعجيل ، وكلام اللخمي يدل على أن هذا القول ليس نصاً في عين المسألة خلاف المصنف وابن شاس .

(١) «النوادر والزيادات» (١٢/٢٢٧) .

ومفهوم قوله : (إِنْ كَانَ لَا يَجْهَلُ) أنه إن كان يجهل لم يجبر وهو ظاهر ؛ لأنه لا يمين عليه ؛ لأنه إنما جعل اليمين على القول بنفي الإيجاب .

ويحتمل أن يقدر قوله : (وَعَلَى النَّفْيِ) أي : وعلى الحكم بنفي الجبر ، فيدخل في كلامه من يجهل ومن لا يجهل على أحد القولين ، وقد نص اللخمي وابن شاس^(١) على أنه إن كان ممن يجهل ذلك يحلف على ذلك ولا يجبر على تعجيل اتفاقاً .

وظاهر قوله : (فَفِي جَبْرِ الْوَاهِبِ) أنه إن رضي بالتعجيل وأجبر عليه فلا مقال للمرتهن ، وقيده بعض القرويين بما إذا لم يكن الدين عروضاً مؤجلة ، وأما إن كان عروضاً مؤجلة فلا يجبر المرتهن على أخذها ويبقى العبد ونحوه رهناً وليس له أن يعطيه رهناً آخر .

وقوله : (وَيَقْضِي فِي الْأَجَلِ) هو مفرع على عدم إجباره ، وبقي الرهن في يد المرتهن فإنه إذا حل الأجل والواهب موسر قضي الدين وأخذ الموهوب له الرهن ، ثم ما ذكره المصنف إنما هو كله إذا كان المرتهن قد قبض الرهن ، وأما إن لم يكن قبضه وقبضه الموهوب له فقال ابن المواز : هو أحق به من المرتهن إذا كان الواهب موسراً ولا يعجل للمرتهن حقه ؛ لأنه فرط في حيازته ، وإن كان معسراً فالمرتهن أولى به إلا أن يكون وهبه لثواب ، وإن وهبه ثم مات قبل أن يحوزه واحد منهما فإن كان موسراً جازت الهبة وكان أحق به من المرتهن وحكم للمرتهن بتعجيل حقه ، وإن أعسر بعد ذلك أتبعه بحقه .

وقوله : (فَفِي جَبْرِ) صوابه إجبار ؛ لأنه من أجبر .

وَتَصِحُّ هِبَةُ الدَّيْنِ ، وَقَبْضُهُ كَقَبْضِهِ فِي الرَّهْنِ مَعَ إِعْلَامِ الْمَدْيَانِ بِالْهَبَةِ

يعني : وسواء كان الدين أو غيره ؛ لأن الدين عام ، فإن قيل : قوله : (وَقَبْضُهُ كَقَبْضِهِ فِي الرَّهْنِ... إلخ) يدل على أنه لم يرد ذلك إلا إذا كان على غير المديان ، قيل : تخصيص الضمير لا يقتضي تخصيص الظاهر على الصحيح ، وقد سمع إعلام المديان زيادة بيان ؛ لأن قوله : (كَقَبْضِ الرَّهْنِ) يغني عنه ، ألا ترى أنه قال في كتاب الرهن : (وَقَبْضُ الدَّيْنِ بِالْإِشْهَادِ وَالْجَمْعِ بَيْنَ الْعَرِيْمَيْنِ إِنْ كَانَ عَلَى غَيْرِ الْمُرْتَهِنِ) ثم إن إعلام المديان إنما هو مع حضوره ، وأما إن كان غائباً ففي «المدونة»^(٢) : ويصح القبض إذا أشهد وقبض ذكر الحق ، وهكذا تقبض الديون .

(١) «الجواهر» (٧٨٨/٢) .

(٢) «المدونة» (١٢٦/١٥) .

ولم يتعرض المصنف لدفع الوثيقة ، وفي «المدونة»^(١) في الهبة : وإن كان دينه على غيرك [فوهبه]^(٢) لك فإن أشهد وجمع بينك وبين غريمه ودفع إليك ذكر الحق وأحالك عليه كان ذلك قبضاً ، وحمله صاحب «النكت»^(٣) على ظاهره من أنه إذا لم يدفع ذكر الحق لا تتم الهبة بموت الواهب كالدار المغلقة إذا لم يعطه مفتاحها حتى مات الواهب أنه لا يصلح للموهوب له شيء ، وإن أشهد له وجعل دفع الوثيقة في «وثائق ابن العطار» من شروط الكمال .

وظاهر قول المصنف : (مَعَ إِعْلَامِ الْمَدْيَانِ بِالْهَبَةِ) وقوله في «المدونة» : «وجمع بينه وبين غريمه» أن ذلك شرط ويجب أن يجعل ذلك على أنه شرط كمال ؛ لأنه قد حكى في «البيان»^(٤) في الجزء الثاني من الصدقات الاتفاق على عدم اشتراطه ، فقال : ولا خلاف في أن الذي عليه الحق حائز لمن تصدق عليه به إن لم يعلم المتصدق عليه غائباً أو حاضراً .

الثَّالِثُ الْوَاهِبُ : مَنْ لَهُ التَّبَرُّعُ

أي الركن الثالث : الواهب ، قوله : (مَنْ لَهُ التَّبَرُّعُ) وهي إخراج المال من غير عوض ؛ أي من لم يحجر عليه ، وقد تقدم بيان المحجور عليهم في باب الحجر .

وَتَصَحُّ هِبَةُ الْمَرِيضِ مِنْ ثُلْثِهِ

ظاهر

وَشَرَطُ اسْتِقْرَارِهَا لَا لُزُومِهَا الْحَوْزُ كَالصَّدَقَةِ

هذا هو المعروف أن الهبة والصدقة يلزمان بالقول ولا يتمان إلا بالقبض .

قوله : (كَالصَّدَقَةِ) تشبيه لإفادة الحكم ، وروي عن مالك أنها تلزم بالقول وللواهب الرجوع فيها ، وإنما تلزم بالقبض ، وحكى أبو تمام أن الصدقة والحبس يتمان بالقول ولا يُفْتَقَرُ إِلَى حَيَازَةٍ .

وعلى الأول فقال ابن القاسم : يقضى عليه بإخراج الصدقة مطلقاً .

(١) «المدونة» (١٥/١٢٦) .

(٢) في ط : بوهبه .

(٣) «النكت والفروق» (٢/٢٦٥) .

(٤) «البيان والتحصيل» (١٣/٤٤٧) .

قال أشهب : لا يجبر على إخراجها إلا إذا كانت الصدقة على معين يلي خصومته ،
 ودليل اللزوم بمجرد القول أن هذا عقد هبة حصل بالإيجاب والقبول والإشارة يحتمل
 عودها على قوله : (وَشَرَطُ اسْتِقْرَارِهَا) ويحتمل أن تعود إلى قوله : (إِلَّا فِي صَدَقَةِ أَبٍ)
 وكلاهما صحيح على قول ابن القاسم وأشهب في افتقار الهبة إلى القبول وعدمه ، فلم
 يكن له رده قياساً على البيع ولقوله أو جواباً لعقده ، ولما في الصحيح : «العائد في هبته
 كالكلب يعود في قيئه»^(١) ، فشبّه الراجع بالكلب والمرجوع عنه بالقيء ، وذلك غاية
 التنفير المقتضي للمنع .

إِلَّا فِي صَدَقَةِ أَبٍ عَلَى صَغِيرٍ وَعَلَى ذَلِكَ عُلَمَاءُ الْمَدِينَةِ

هذا الاستثناء من شرط الاستقرار ؛ أي إلا في صدقة أب على صغير فلا يشترط في
 استقرار صدقته أو هبته الحوز ؛ ولو قال : إلا في عطيته ليشمل الهبة وغيرها لكان أحسن ،
 وتخصيصه الصغير والأب ليس بظاهر ؛ لأنَّ السَّفِيهَ في هذا كالصَّغِيرِ والوصي ومقدم
 القاضي سيان كالأب ، إلا أن يقال : إنما خصصهما ؛ لأنه محل الدليل أعني موافقة
 علماء المدينة ، فمن ذلك قول عثمان : «من نحل ولداً له صغيراً لم يبلغ أن يحوز نحلته
 فأعلن ذلك وأشهد عليه فهي حيازة»^(٢) .

وفي «الواضحة» نحوه عن الخلفاء الأربعة وابن عمر وابن عباس رضي الله عنهم .

ابن عبد السلام وغيره : واستثناءه يومهم أن الحيازة تسقط في عطية الأب ابنه الصغير
 وليس كذلك ، وإنما الذي اختص به الأب ومن يتنزل منزلته في حق الصَّغِيرِ والسَّفِيهِ أن
 يكون حائزاً لما وهب لهما ، فيقال في الإسهاد : رفع يد الملك ووضع يد الحوز ، وألحقوا
 الأب بالأجنبي في سكناه وما يلبسه فشرطوا معاينة الشهود للدار خالية من شواغل الأب
 ولحوز الملبوس .

ونقل أبو محمد صالح الاتفاق على أنه إذا أشهد الأب على هبته لولده ولم يزيدوا على
 قوله : اشهدوا أني وهبت له كذا - فهي حيازة ، وهذا فيما يعرف بعينه من الأصول
 والعروض ، واختلف فيما لا يعرف بعينه كالذهب والفضة واللؤلؤ والمكيلات والموزونات ؛

(١) أخرجه البخاري (٢٨٤١) ومسلم (١٦٢٠) من حديث عمر بن الخطاب - رضي الله عنه .

(٢) أخرجه مالك (١٤٦١) والبيهقي في «الكبرى» (١١٧٣٢) .

فروى ابن القاسم عن مالك وبه أخذ المصريون وغيرهم : أنه لا يتم الحوز ولو ختم عليه بحضرة الشهود إلا أن يجعل على يد غيره ، وذهب المدنيون إلى أنه يتم الحوز فيها بوضعها على يديه إذا أحضرها بحضرة الشهود وختم عليها بخاتمه ، قالوا : وتصح أيضاً وإن لم يختمها بحضرة الشهود ولو ختموا عليها كان خيراً وأحسن .

وروي أيضاً عن مالك وقريب منه في «الموطأ» : أنه يجوز إذا أبرزه وإن لم يخرج من يده ، قيل : وبالأول جرى العمل وهو مذهب «الرسالة»^(١) لقوله : وإنما يجوز له ما يعرف بعينه .

وَتَحَازُ بِإِذْنِهِ وَبِعَيْرِ إِذْنِهِ ، وَيُجْبَرُ عَلَيْهِ

الضمير في (تُحَازُ) عائد على الهبة ، وفي (بِإِذْنِهِ وَبِعَيْرِ إِذْنِهِ) يعود على الواهب ، وقوله : (وَيُجْبَرُ عَلَيْهِ) أي : الواهب على الحوز إذا أباه ، وهذا على أنها لازمة بالقول وهو المشهور من المذهب على ما تقدم .

وفي «المدونة» و«الموازية» مثل ما ذكره المصنف ، وإذا فرعنا على المشهور : اختلف المذهب في حيازة الرهن هل يشترط فيها إذن الراهن ؟ واختلف في اشتراط أمر الأخذ في حيازة الهبة إذا حازها له غيره ، فقال مطرف في من تصدق على ابنته - وهي ذات زوج - بمسكن فحزن الزوج فيه طعاما حتى مات الأب : إن ذلك حيازة للبت .

وقال أصبغ : لا يكون حيازة إلا أن توكله ، ورواه ابن القاسم في الذي يتصدق على رجل غير سفيه بدراهم وجعلها على يد غيره وهو حاضر أنها حيازة إذا لم يشترط على المدفوع إليه ألا يدفعها إلا بأمره ، ولا خلاف أنه إذا اشترط ألا يدفعها إلا بأمره أنها لا تمضي كما لا خلاف إذا قال له : خذها له ، أو ادفعها له ، وقال الموهوب : أمسكها عندك أنها تمضي .

واختلف إذا لم يقل : ادفعها ، ولا : أمسكها ، ولو شرط إمساكها حتى يموت الواهب فلا خلاف أنها وصية ماضية من الثلث ، وقاله محمد .

وَيُشْتَرَطُ حُصُولُهُ فِي صِحَّةِ جِسْمِهِ وَعَقْلِهِ وَقِيَامِ وَجْهِهِ

أي : يشترط في تمام الهبة حصول الحوز في صحة جسم الواهب وعقله وقيام وجهه ،

واحترز بصحة الجسم من مرض الموت لما في «الموطأ» أن أبا بكر رضي الله عنه نحل ابنته أحداً وعشرين وسقاً ، فلما حضرته الوفاة فقال : «والله يا ابنتي ما من الناس أحب إليّ غنىّ بعدي منك ، ولا أعز عليّ فقراً منك ، وإنه كنتُ نحلتك بواحد وعشرين وسقاً ، فلو كنت جردتبه واحتزته لكان لك ، وإنما هو اليوم مال وارث وإنما هم أخواك وأختاك فاقسموه على كتاب الله» (١) .

واحترز بصحة عقله مما لو جن الواهب قبل الحوز توقف ، فإن صح الواهب لزمت وإن اتصل ذلك بالموت بطلت كما سيأتي من كلام المصنف ، والمراد بقيام الوجه : ألا يفلس .
ابن عبد السلام : وظاهر كلامهم في غير هذا الموضع أن قيام الوجه هو السلامة من التفليس بالحكم من قيام الغرماء بدين إن أحاط دينهم بمال الغريم ولو لم يحكم القاضي بفلسه ، وأما هذا الموضع فإحاطة الدين بمال الواهب مانعة من الحيابة ، فقد نص الباجي (٢) على أنها لو حيزت وقد كان تداين ديناً يحيط بماله قبل العطية أنها لا تحاز ؛ لأنه ليس له أن يعطي ملك غيره .

أصبغ في «العتبية» (٣) : وإن كانت قيمة الموهوب أكثر من قيمة الدين أن يبيع جميعه وإن يبع بقدر الدين قصر عنه فإنه يباع جميعه فيقضى منه الدين ويعطى ما بقي للواهب ولا شيء للموهوب له ، كما لو استحقه مستحق ؛ لأن الغرماء استحقوه من يده ، وأما إن أداه بعد العطية وقبل الحيابة فقال مطرف وابن الماجشون : الدين أولى وتبطل الصدقة والهبة فاعتبر يوم الحيابة .

وقال أصبغ : الصدقة أولى من الدين المستحدث وإن لم تقبض ، وإنما يراعى يوم الصدقة لا يوم الحيابة .

الباجي (٤) : وإذا قلنا بمرعاة ، فقال أصبغ : إذا تقدم الدين وقد كان له وفاء يوم الصدقة أو بعده فالصدقة المقبوضة أولى ، وإن كان الأب حازها لولده الصغير حتى يعرف خلاف ذلك ، كما لو استغل ما تصدق به عليهم ، ولم يدر استغل لنفسه أو لهم فالصدقة ماضية حتى يعلم أنه إنما كان استغلها لنفسه دونهم .

(١) أخرجه مالك (١٤٣٨) وعبد الرزاق (١٦٥٠٧) .

(٢) «المنتقى» (٨/٨) .

(٣) «البيان والتحصيل» (٤٦٣/١٢) .

(٤) «المنتقى» (٨/٨) .

وروى أبو زيد عن ابن القاسم في الصدقة المقبوضة لا يدري هل الدين قبلها أو بعدها :
الصدقة أولى حتى يعلم أن الدين قبل ، ونحوه في «المدونة»^(١) .

وَالْعَارِيَّةُ وَالْقَرْضُ كَالْهَبَةِ فِي الْحَوْزِ

يريد : وكل معروف كالعارية والمنحة والعمرى والسكنى والحبس .

ابن عبد السلام : واختلف في الكفالة ، والمشهور أنها لا تفتقر إلى حيازة .

فَلَوْ مَاتَ قَبْلَهُ وَهُوَ جَادٌ فِيهِ أَوْ سَاعٍ فِي تَرْكِيَةِ شُهُودِ الْهَبَةِ فَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ : حَوْزٌ
وَصَحَّتْ ، وَقَالَ ابْنُ الْمَاجِشُونِ : بَطَلَتْ ...

أي : مات الواهب قبل الحوز والموهوب له جاد فيه أي في القبض أو في الطلب المفهوم
من السياق والموهوب له ساعٍ في تركية شهود الهبة لكون الواهب أنكره ، فقال ابن القاسم
في «المدونة»^(٢) و «الموازية» : هي تامة ويقضى بها للموهوب ، واستشهد بالمفلس إذا
خاطبه الرجل في غير سلعته ثم مات المفلس : أن ربها أحق بها إن ثبت بينة .

ابن المواز : وليس له إيقافها إلا في البينة القريبة مثل الساعة ، وأما بينة بعيدة فلا يحال
بينه وبين ربها إلا بشاهد .

وقوله : (حَوْزٌ وَصَحَّتْ) ويستغنى بأحدهما عن الآخر ، وقال ابن الماجشون : وتبطل
الهبة ، ورأى أن غاية البينة أن يكون كإقرار الواهب ، ولو أقر له ومات قبل القبض
بطلت .

وقال أشهب : إذا حال القاضي بينه وبينها حتى لا يجوز حكمه فيها فليقض بما ثبت
عنده فيها ، كما كان يقضي في حياته وإن لم يمنع منها المعطى ولم يطلبها فهي باطلة .

ابن راشد : وينبغي إذا لم يعلم بالهبة - فلما مات الواهب دفع له عقد الهبة وعلم
ذلك - ألا تبطل ، وقد وقعت بتونس ووقع فيها اضطراب ، ووجدت في الطراز أنه معذور
بعدم علمه وهو الصواب ، والله أعلم .

(١) «المدونة» (١٤/٣٦٠) .

(٢) «المدونة» (١٤/٣٧٩) .

فَإِنْ مَرِضَ أَوْ جُنَّ بَطَلَ الْقَبْضُ إِنْ اتَّصَلَ بِالْمَوْتِ فَإِنْ صَحَّ فَلَهُ الطَّلَبُ الْأَوَّلُ

هو ظاهر التصور ولا إشكال في المرض ، وأما المجنون فوق لابن القاسم في «العتبية»^(١) في امرأة تصدقت على رجل بعبد أو دين فلم يحز عنها حتى ذهب عقلها أنه كالموت والتفليس .

الباجي^(٢) : يريد : فتكون موقوفة فإن برئت فهي على صدقتها ، وإن اتصل ذلك بموته بطلت فهذا الحق ما ذكره المصنف .

ابن عبد السلام : وهذا إنما ينبني على الشاذ في أن الهبة لا تلزم بالقول ، وأما على المشهور أنها تلزم بالقول بمقتضى القياس كون دفعها للموهوب له ، والفرق بين ذهاب العقل وبين المرض والدين أن الحق في ذهاب العقل للواهب ، وقد أسقط بالتزامه ، والحق في المرض والدين لغير الواهب وهو الوارث والغريم ، انتهى ، فكأنهم يرون أن الجنون مرض .

وَقَالَ أَشْهَبُ : إِنْ قَبِضَ فِيهِمَا فَتَاثُهُمَا : وَصِيَّةٌ وَلَا أَرَى قَوْلَ مَنْ جَعَلَهَا وَصِيَّةً وَلَا قَوْلَ مَنْ أَبْطَلَهَا ...

(فيهما) أي : في المرض والجنون ، وأعاد الضمير عليهما ؛ لأنهما يفهمان من (مرضٍ أَوْ جُنَّ) .

قوله : (وَقَالَ أَشْهَبُ) هو معطوف على ما تقدم ؛ وذلك لأنه قدم أن المرض يبطل القبض ، ثم قال : (وَقَالَ أَشْهَبُ) فكأنه يقول : المشهور أنه إذا مرض بطلت الهبة وإن قبض في المرض ؛ وهو صحيح ، وقد نقل الباجي^(٣) أن ابن القاسم روى عن مالك أنه إذا قبض في المرض لا يجوز وإن كانت من غير وارث ، قال : واحتج بحديث أبي بكر رضي الله عنه ثم ذكر قول أشهب ، وقوله في «الموازية» قال : يقضي له الآن بثلثها فإن صح قضي له بباقيها ، ولا أرى قول من قال : تجوز كلها من الثلث ، ولا قول من أبطلها .

ابن المواز : وأظن جوابه يعني أنه لم يراع غيرها فلذلك قال : ثلثها ، ونقل عن أشهب

(١) «البيان والتحصيل» (٤٤٥/١٣) .

(٢) «المنتقى» (٩/٨) .

(٣) «المنتقى» (٩/٨) .

أيضاً أنه قال : ذهب ربيعة رضي الله عنه إلى أنه إذا لم يجز المعطي عطيته حتى مات المعطي أن له ثلث العطية ، وقال ابن شهاب وغيره : هي للمعطي إن حملها الثلث ، ولا أقول ما قالاه .

وَلَوْ فُلْسٌ وَلَوْ بِحَادِثٍ بَطَلَتْ

ولو فلس الواهب ولو بدين بعد الهبة بطلت خلافاً لأصبغ ، فإنه قال : تبطل بحادث ، وقد تقدم .

وَبَقَاؤُهُ فِي الدَّارِ المَوْهُوبَةِ بِاِكْتِرَاءِ أَوْ إِعْمَارِ أَوْ إِرْفَاقٍ حَتَّى مَاتَ مَنْفٍ لِحَوْزِهِ

أي : بقاء الواهب في الدار الموهوبة بأي وجه كان إلى أن يموت لا يصح معه حوز الهبة وتبطل .

وَفَرَّقَ ابْنُ القَاسِمِ بَيْنَ هِبَةِ الزَّوْجِ لِلزَّوْجَةِ وَالزَّوْجَةِ لِلزَّوْجِ دَارَ سَكْنَاهُمَا ؛ لِأَنَّ اليَدَ فِي السُّكْنَى لِلزَّوْجِ ...

هو كالأستثناء من إبقاء الواهب في دار سكناه مبطل ؛ أي : إلا في هبة الزوجة للزوج داراً وهي ساكنة معه فيها فإنها في ذلك تصح الحيازة بخلاف العكس .
وقوله : (لأنَّ اليَدَ فِي السُّكْنَى لِلزَّوْجِ) تعليل للفرق ، ويعلم به حكم المسألتين وإلا فالمصنف لم يصرح بحكهما .

(وَفَرَّقَ ابْنُ القَاسِمِ) فِي «العْتِيَّة» ، ونسبة التفرقة له مشعرة أن هناك من يخالفه وهو كذلك ؛ لأن ابن القاسم روى عن مالك أنه حوز في الوجهين ، وروى أشهب أنه حوز ضعيف لا يصح في الموضعين ، هكذا حكاه ابن زرقون عن ابن العطار ، وإن كان صاحب «البيان»^(١) قال : لا أحفظ فيه كلاماً .

ابن عبد السلام : ويحتمل أن يكون نسبة هذا الكلام لابن القاسم إشارة إلى أنه كالمناقض لما بعده ، وأنه يتخرج في المسألة ثلاثة أقوال من المنصوص في كل واحد منهما .
وَأَمَّا الخَادِمُ عِنْدَهُمَا وَمَتَاعُ البَيْتِ يَهَبُهُ أَحَدُهُمَا لِلاَخَرَ فَرَوَى ابْنُ القَاسِمِ : أَنَّهُ لِأَزْمٍ ، وَرَوَى أَشْهَبٌ : أَنَّهُ ضَعِيفٌ وَلَيْسَ بِالْبَيِّنِ ...

ضمير (عِنْدَهُمَا) و(أَحَدُهُمَا) عائد على الزوج والزوجة ، فروى ابن القاسم ؛ أي :

(١) «البيان والتحصيل» (١٦٥/١٣) .

في «الموازية» و «العتبية»^(١): أن الهبة جائزة ، وروى أشهب في الكتابين أنه ضعيف وما هو باليّن ، واعلم أنه لم يذكر في رواية ابن القاسم متاع البيت ، وكلام المصنف يوهم ذكره في الرواية ، نعم روى محمد عن ابن القاسم وابن عبد الحكم أن متاع البيت كالخادم؛ أي على رواية ابن القاسم .
محمد : وبه أقول .

ابن رشد وابن زرقون : والأظهر أن يغلب ، فأشارا إلى تفرقة ابن القاسم في السكنى ففرقا واستدلا على ذلك باتفاقهم على أن القول قول الزوج إذا اختلفا في متاع البيت فيما يكون للرجال والنساء ، قالوا: وقد قيل: القول قوله فيما عرف من متاع النساء وأنه لا يد له معه .

وقوله : (عَنْهُمَا) ؛ أي يكون هذا الموهوب مستعملاً بينهما ، وكذلك قال الباجي قال^(٢): وأما ما يستعمل منفرداً كعبد الخراج ففي «العتبية» من سماع أشهب عن مالك في امرأة نحلت ابناً لها صغيراً عبداً فلم يحزه الأب ولا الولي حتى ماتت الأم أن ذلك مختلف ، فأما غلام الخراج فليس بحوز للصبي ، وأما غلام الخدمة يخدمه ويختلف معه ويقوم في حوائجه فإنه حوز ، وكذلك لو نحله أبوه الغلام وهو مع أبيه لكن اختلافه معه وخدمته للحوز ، وإن خدم الأب مع الغلام إلى أن مات الأب .

وَلَوْ حَاذَهَا ثُمَّ أَجْرَهَا أَوْ أَرْقَقَ بِهَا الْوَاهِبُ فَرَجَعَ إِلَيْهَا عَنْ قُرْبٍ بَطَلَتْ بِاتِّفَاقٍ ، فَإِنْ كَانَ بَعْدَ سَنَةِ فَقَوْلَانِ ...

أي (لَوْ حَاذَهَا) الموهوب الهبة (ثُمَّ أَجْرَهَا) للواهب (أَوْ أَرْقَقَ بِهَا الْوَاهِبُ) فرجع إلى الهبة عن قرب (بَطَلَتْ) الهبة باتفاق لما دلت عليه القرينة أن ذلك تحيّل لإسقاط الحياة ، وهكذا صرح الباجي وغيره بالاتفاق ، وإن كان عن طول وهو سنة فقولان ، وأقربهما أن ذلك لا يضر وهو الذي رواه محمد عن مالك وأصحابه ، والقول بأن ذلك يبطلها لمطرف وابن الماجشون .

ووقع في بعض النسخ عوض قول المصنف : (قَوْلَانِ) (رِوَابَتَانِ) والأولى أصح ؛ لأن الثاني ليس هو رواية .

(١) « البيان والتحصيل » (١٣/١٦٥) .

(٢) « المتقى » (٨/١٠) .

وقد رجح قول مطرف بالقياس على الرهن ، ويجب أن الرهن على ملك الراهن ولذلك اشترط فيه استدامة الحياة بخلاف الموهوب ، ويدل على هذا اتفاقهم على أنه لو رجع الواهب في الهبة مختفياً أو ضيفاً فمات أن ذلك لا يبطل الهبة وإن كان عن قرب ، وهو معنى قوله :

وَلَوْ رَجَعَ مُخْتَفِياً أَوْ ضَيْفًا فَمَرِضَ فَمَاتَ لَمْ تَبْطُلْ وَلَوْ كَانَ عَنْ قُرْبٍ

أي : ولو بعد يوم ، قاله مطرف وابن الماجشون ، وهذا بخلاف الرهن فإنه يبطل بذلك . قوله في صدر المسألة : (وَلَوْ حَازَهَا ثُمَّ أَجْرَهَا) يدل على أن الموهوب له يحوز لنفسه ، أما إن كان صغيراً فحاز عنه الأب أو غيره ثم رجع الأب إليها قبل أن يكبر ويحوز لنفسه سنة فهي باطلة .

محمد : لا يختلف في ذلك مالك وأصحابه ، والفرق بين الصغير والكبير أن الولد الكبير يتصور منه منع الأب من الرجوع في الهبة فلا يعد رجوع الأب إليها رجوعاً في الهبة ، والصغير لا يقدر على ذلك فيعد رجوعه رجوعاً في الهبة .

وما ذكره ابن المواز من الاتفاق على بطلانها بذلك إذا سكنها الأب وحده ، وأما إن سكن فيها مع الولد فظاهر قول مالك أيضاً البطلان .

وحكى أبو محمد مكي في «كتاب الاختلاف» عن ابن حبيب أنها لا تبطل ؛ لأنه إنما سكن بحضانتهم لهم .

وَلَوْ بَاعَ الْوَاهِبُ فَإِنْ عَلِمَ نَفَذَ وَالثَّمَنُ لِلْمَوْهُوبِ لَهُ ، وَإِنْ لَمْ يَعْلَمْ رُدُّهُ وَهُوَ عَلَى طَلَبِهِ

يعني : لو باع الواهب الهبة قبل أن يحوزها الموهوب له افترق الحكم بسبب علم الموهوب له وعدم علمه ، فإن علم الموهوب له نفذ البيع والثمن للموهوب له ، هكذا في «المدونة» على إحدى الروايتين ، وذلك أنه قال في أول كتاب الصدقة^(١) : ومن تصدق على رجل بصدقة ولم يقبضها حتى بيعت تم البيع وكان الثمن للمعطي .

وروي بفتح الطاء اسم المفعول وهذا موافق لكلام المصنف ، وروي بكسر الطاء اسم فاعل ومقتضى القياس خلاف الروايتين ؛ إذ الهبة تلزم بالقول فكان القياس يقتضي أن يجيز الموهوب في إجازة البيع أو رده ، إلا أنهم راعوا قول من يقول : إنها لا تلزم إلا بالقبض .

(١) «المدونة» (١٤/٤٤٠) .

قوله : (وَإِنْ لَمْ يَعْلَمْ) ؛ أي : الموهوب له بالهبة ردَّ البيع والموهوب له على طلبه بالحوز .

وقوله : (ردُّ) إن أراد الموهوب له ذلك ، وإن أراد إمضاءه فله ذلك كبيع الفضولي .

ابن يونس : وكذلك يكون له رد البيع إذا علم الموهوب له ولم يفرط حتى جاعله ؛ يعني المتصدق بالبيع ، ونحوه لأصنع .

وما ذكره المصنف من التفرقة بين علم الموهوب له وعدم علمه هو مذهب «المدونة» ، ولا ابن القاسم أن البيع أولى ؛ لأن البيع عقد معاوضة فكان أولى ، ونحوه لأشهب .

وروى أبو زيد عن ابن القاسم يرد البيع ويأخذ المعطي عطيته فيحصل في المسألة ثلاثة أقوال : ثالثها المشهور : الفرق فإن علم نفذ وإن لم يعلم رد .

وزاد المتطي رابعاً بأن المتصدق عليه أولى إن كان لم يفرط في الحيازة ، وإن فرط لم يكن له شيء وهو قوله في «العنتية»^(١) .

وخامساً : الفرق بين ألا يمضي من المدة ما لا يمكنه فيه الحوز فيكون أحق وبين أن يمضي ما يمكنه فيه الحوز فلا يكون له إلا الثمن .

وسادساً : أنه إن مضى ما يمكنه فيه الحوز لم يكن له شيء .

الباجي^(٢) : وإذا قلنا : ينقض فروى محمد عن ابن القاسم إنما ذلك المعطي المعين فيقضى له ، وأما إن كان لغير معين مثل أن يجعل داره في السبيل ثم يبيعها فلا يبطل البيع ؛ لأنه لا يقضى عليه بها ، وإن قلنا بإمضاء البيع فقال أشهب وابن عبد الحكم : تبطل الصدقة ولا شيء للمعطي من الثمن .

وروى ابن حبيب عن مطرف : إن كان المعطي حاضراً فلم يقم حين علم بالبيع مضى وله الثمن ، فإن مات المعطي على إثر ذلك ولم يفرط بطل البيع لكون العطية ملكاً .

مطرف وابن القاسم : ولو كان المعطي غائباً فقدم في حياة المعطي خبير بين رد البيع وأخذ الثمن .

(١) «البيان والتحصيل» (١٣/١٦٦) .

(٢) «المنتقى» (٨/١١) .

فَلَوْ مَاتَ قَبْلَ عِلْمِهِ فَبَيُّ بَطْلَانِهَا قَوْلَانِ ، وَأَضْطَرَبَ فِيهَا قَوْلُ ابْنِ الْقَاسِمِ بِخِلَافِ
الرَّهْنِ فَإِنَّهُ يَبْطُلُ ...

أي : فإن مات الواهب قبل علم الموهوب بالهبة وقد كان الواهب باعها فقال ابن القاسم
في «المدونة»^(١) وغيرها : بطلت .

قال بعض من تكلم هنا : بطلت ، والقول بعدم البطلان لا يكاد يوجد ؛ لأن الواهب
مات قبل حيازة الموهوب له ، ولاسيما وقد انضم إلى هذا مبطل آخر وهو بيع الواهب لها
وليس وهمه في هذا ، والله أعلم أن ابن شاس ذكر مسألة البيع ثم مسألة الموت ثم قال :
وقال محمد : اضطرب قول ابن القاسم فظن أن هذا الاضطراب راجع إلى الموت فذكر فيه
قولين وليس كذلك ، وإنما راجع إلى أول المسألة ، وكذلك ذكره الباجي وغيره في مسألة
البيع ، انتهى .

خليل : ويمكن أن يجعل هذه مستقلة لا مفرعة على التي قبلها ويكون ضمير (مات)
عائداً على الموهوب ، ويكون القول بالبطلان معللاً بعدم القبول ، والقول بالبطلان معلل
بالقبول كما قالوا في من أرسل هدية ، والله أعلم .

وقوله : (بِخِلَافِ الرَّهْنِ) ابن راشد : يعني لأنه إذا باعه قبل القبض نفذ من غير
خلاف ، انتهى .

وقد قال بعضهم : معناه بخلاف ما لو رهن العطية فإن الرهن يبطل وتصح العطية ،
ونحوه للباقي لأنه قال^(٢) : ولو رهن المعطي العطية قبل القبض فقال ابن القاسم في من
حبس على ابنه ثم رهنه فمات : بطل الرهن وثبت الحبس .

وفي بعض النسخ بعد قوله : (بِخِلَافِ الرَّهْنِ) فإنها تبطل إذا رهنها وهكذا حكى ابن
شاس ، أما لو رهنها الواهب ثم مات فقال ابن القاسم : ثبت الرهن وتبطل الهبة .

فَلَوْ كَانَ وَهَبَهَا وَحَازَهَا الثَّانِي فَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ : هِيَ لِلأَوَّلِ ، وَقَالَ مُحَمَّدٌ : لَيْسَ هَذَا بِشَيْءٍ
وَالْحَائِزُ أَوْلَى ...

يعني : فلو وهب الواهب الهبة بعدما وهبها ولم يكن الأول قد حازها وحازها الثاني ،

(١) «المدونة» (١٤/٤٤١) .

(٢) «المنتقى» (٨/١١) .

فقال ابن القاسم : هي للأول ، وقال أشهب - وهو اختيار محمد : الثاني أولى بحيازته؛ وروي أيضاً عن ابن القاسم .

والأول أقيس ؛ لأن الهبة عندنا تلزم بالقول فلم يهب إلا ملك الأول ، وظاهر هذين القولين أنه لا فرق بين أن يفرط الموهوب له أو لا ، وزاد في «البيان»^(١) في الرابع من الصدقات قولين آخرين :

أحدهما : أن يعلم فيفرط أو لا يعلم .

والثاني : الفرق بين أن يمضي من المدة ما يمكنه فيه القبض أم لا .

وعلى قول ابن القاسم فقال أصبغ في «العتبية» : إن علم الموهوب بالهبة وفرط فلا شيء له ، وإن لم يعلم أو علم ولم يفرط وقدم المتصدق فعاجله بأن تصدق بها على غيره ، فالأول أولى إن أدركها قائمة فله قيمتها على المتصدق ، وهذا الفرق يقوي قول أشهب فوجه؛ إذ لم ينزل الهبة منزلة البيع .

فَإِنْ أَعْتَقَ الْوَاهِبُ الْأُمَّةَ أَوْ اسْتَوْلَدَهَا فَفِي رَدِّهِ وَتَقْوِيمِ الْأُمَّةِ قَوْلَانِ

أي : قبل حوز الموهوب له ، والقول بإنفاذ العتق والاستيلاد من غير قيمة لابن القاسم في العتق الثاني من «المدونة»^(٢) : وسواء علم المعطي بالهبة أو لم يعلم ، وقاله في «الموازية» و «العتبية» ، والقول برد العتق ولزوم قيمة الأمة في الإيلاد لابن وهب وهو أقيس وله رده- راجع للعتق وتقويم الأمة للإيلاد فهو لف ونشر .

وزاد في «البيان»^(٣) ثالثاً للمغيرة : أن العتق أولى على كل حال إلا أن يكون بين الصدقة والعتق ما لا يمكن فيه الحوز من المدة .

الباجي : إذا قلنا بقول ابن القاسم فكاتب الواهب العبد أو دبره أو أعتقه إلى أجل فقال أصبغ : يمضي ولا شيء للمعطي في خدمة المدبر ولا كتابة المكاتب ولا رقبته إن عجز .

ابن القاسم : ولو قتله رجل فالقيمة للموهوب له .

الباجي^(٤) : لأن قتله ليس بمعنى الرجوع .

(١) «البيان والتحصيل» (١٤/١٣٢) .

(٢) «تهذيب المدونة» (٣/٤١٩) .

(٣) «البيان والتحصيل» (١٤/١٣٣) .

(٤) «المنتقى» (٨/١٨) .

وَفِي بَيْعِ الْمَوْهُوبِ لَهُ وَهَبَتْهُ قَوْلَانِ ، بِخِلَافِ الْعِتْقِ

سقطت هذه النسخة من نسخة ابن راشد وابن عبد السلام هي ثابتة عندنا ؛ أي : إذا وهب الموهوب له الهبة أو باعها قبل أن يقبضها فهل ذلك حور ولا يضر بعد ذلك موت الواهب قولان ؛ والقول بأنه حور لمطرف ونحوه لمالك من رواية ابن وهب ، لكن قال : إن أشهد المعطي على فعله وأعلن ، وقال أصبغ : ليس حوراً .

وروى ابن الماجشون أن البيع حور وليست الهبة حوراً ؛ لأنها محتاجة إلى حور ، واتفقوا على أن العتق حور ، وإلى هذا أشار بقوله : (بِخِلَافِ الْعِتْقِ) .

وَمَنْ حَبَسَ دَاراً أَوْ دُوراً وَهُوَ فِي بَعْضِهَا وَحِيزَ الْبَاقِي فَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ : مَا حِيزَ لَزِمَ دُونَ الْبَاقِي ، وَقِيلَ : إِنْ كَانَ كَثِيراً لَزِمَ الْجَمِيعُ ، وَإِلَّا فَلَا ...

أي : أو وهب أو تصدق ، فإن سكن بيتاً صغيراً منها ؛ أي من دور كثيرة ، أو داراً صغيرة منها ؛ أي من دور كثيرة ، (فَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ : مَا حِيزَ لَزِمَ) وهذا القول حكاه ابن الجلاب^(١) وقال : يبطل ما سكنه قليلاً كان أو كثيراً ، واعتبر في هذا القول كل شيء بانفراده ، وقيل : إن كان المحاز كثيراً لزم الجميع ؛ يعني : ما سكن وما حيز عنه ، مثل أن يسكن داراً صغيرة من دور أو بيتاً صغيراً من دار ، هكذا حكى ابن شاس هذا القول واعتبر فيه التبعية .

وحكى ابن شاس^(٢) قولاً يبطلان الجميع بمطلق السكنى .

وفي «المدونة»^(٣) : ومن حبس على صغار ولده داراً أو دوراً أو وهبها لهم أو تصدق بها عليهم فذلك جائز وحوزه لهم حور ، إلا أن يكون ساكناً في كلها أو جلها حتى مات فيبطل جميعها أو تورث على فرائض الله ، وأما الدار الكبيرة ذات المساكن سكن أقلها وأكرى لهم باقيةا فذلك نافذ فيما سكن وفيما لم يسكن .

مالك : وقد حبس زيد بن ثابت وعبد الله بن عمر رضي الله عنهما وسكننا منزلاً منهما حتى ماتا فنفذ حبسهما في ما سكننا وفي ما لم يسكننا .

وفرق بعضهم بين الحبس والصدقة فلم يجزه في الصدقة .

(١) «التفريع» (٣٦٧/٢) .

(٢) «الجواهر» (١٠٧/٣) .

(٣) «المدونة» (١٠١/١٥) .

اللخمي : وإن سكن النصف وحيز النصف بطل ما سكن وصح ما لم يسكن ، ونسبه لابن القاسم وأشهب بجعل القليل دون النصف والكثير ما فوقه .

وفي «الواضحة» : القليل ما دون الثلث ، وفي «الموازية» عن ابن القاسم وأشهب : إن سكن قدر الثلث فأقل جاز الحبس .

وفي «المتيطة» : إن سكن ثلث الحبس أو أقل نفذ الحبس في ما سكن وفي ما لم يسكن ، وإن كان أكثر من الثلث لم يجز شيء من الحبس ورد جميعه ميراثاً ، هذا مذهب «المدونة» وبه الحكم ، انتهى ، ففهم أن الثلث كثير وهو خلاف ما قاله اللخمي .

ولأصغ قول آخر بالتفصيل بين الدار والدور ، فقال في الدور : ما سكن منها من دار فهي باطلة وصح غيرها قل أو كثر ، وأما دار واحدة فإن سكن منها يسيراً جازت كلها وإن سكن أكثرها بطلت ، ولا يظهر لتخصيص المصنف بالحبس معنى .

وقد نص في «المدونة» على أن الهبة والصدقة كالحبس كما تقدم ولاسيما والباب إنما هو معقود للهبة .

وقيد صاحب «البيان»^(١) الإطلاق في سكنى الأب الأكثر من الدور وبما إذا كان هو الحائز ، قال : وأما إن سكن الأب الأكثر أو الجمل وحاز الكبار بقيتها فيجوز لهم ما حازوه ، ولا أعرف فيه نص خلاف .

وَفِي جَعْلِ هَبَةِ الْمَغْضُوبِ كَالدَّيْنِ يَحُوزُهُ بِالْإِشْهَادِ قَوْلَانِ ، وَاخْتَارَهُ سَحْنُونٌ وَأَنْكَرَهُ يَحْيَى ...

يعني : إذا وهب ما تحت يد الغاصب لم يكن الإشهاد حيازة عند ابن القاسم وأصغ في «المدونة» ، وقال أشهب : هي حيازة كالدين .

قوله : (يَحُوزُهُ بِالْإِشْهَادِ) بيان لحكم الدين المشبه به وهي جملة في موضع الحال من الدين ، وذلك لأنه لما شبه هبة المغضوب بالدين في أحد القولين - بين حكم الدين ، وهي زيادة إيضاح ، وإلا فقد قام ذلك .

قوله : (وَاخْتَارَهُ سَحْنُونٌ) اختار جعله كالدين ، وضمير (أَنْكَرَهُ) عائذ على الجعل أو على الاختيار المفهوم من (اخْتَارَ) .

(١) «البيان والتحصيل» (١٤/١٣٥) .

واختار محمد أيضاً قول أشهب إلا أنه خالفه في الحجة ؛ لأنها ليست حوزاً ، وغير هذا يرد : لا يقدر على أكثر من هذا ، وقال : لأن الغاصب ضامن فهو كالدين .

الللخمي : وتعليل أشهب أحسن ؛ لأن الواجب رفع يده ولا يقدر على أكثر من هذا وليس كالدين ؛ لأنه إنما وهب عين المغصوب ولم يهب قيمته ولما قال في «المدونة»^(١) : وليس قبض الغاصب قبضاً للموهوب له ، قيل له : ولم والهبة ليست في يد الواهب ؟ قالت : لأن الغاصب لم يقبض للموهوب ولا أمره الواهب بذلك فيجوز إذا كان غائباً .

قال بعضهم : ظاهره لو أمره جاز ، وهذا إذا رضي الغاصب أن يحوز .

وَفِي هَبَةِ الْمُودَعِ لَمْ يَقُلْ : قَبِلْتُ حَتَّى مَاتَ الْوَاهِبُ قَوْلَانِ ، وَكَذَلِكَ مَنْ وَهَبَ لَهُ فَقَبْضُ لِيَتَرَوَى ثُمَّ مَاتَ الْوَاهِبُ ...

يعني : إذا وهب رب الوديعة للمودع الوديعة بأن قال : قبلت تمت الهبة وإن لم يقل قبلت حتى مات الواهب ، وفي معنى ذلك : إذا وهب الدين للمديان ولم يقل قبلت حتى مات الواهب فقولان : الأول لابن القاسم في «المدونة» و «الموازية» : أنها باطلة لأنها لم تنقل إلى ملك الموهوب له قبل موت الواهب ؛ إذ من شرط النقل القبول .

والثاني لأشهب : أنها جائزة ؛ لأن كونها بيده أحذر للحوز ، قال في «الموازية» : إلا أن يقول : لا أقبل ، وأستحسنه محمد .

ومفهوم قوله : (حَتَّى مَاتَ) أنه لو قال : قبلت قبل موت الواهب وبعد مفارقة المجلس أنها تصح ، واعترضه التونسي وقال : كان يجب على أصل ابن القاسم : إذا افترقا ألا تصح ؛ لأنه كلام يقتضي جوابه على رهنه ، كما لو قال : بعثك بكذا ، ولم يقل له المتباع شيئاً فليس له بعد افتراقه أن يقول رضيتها ، قال : وإنما اختلفوا في التملك بعد المجلس ؛ لأنه لم يحتج إلى نظر .

قوله : (وَكَذَلِكَ مَنْ وَهَبَ لَهُ... إلخ) هو ظاهر التصور ، ومقتضى كلامه أن القولين جاريان أيضاً ، لكن قال ابن راشد : جعل محمد هذه المسألة حجة لقول أشهب في الوديعة ، وذلك يقتضي أنها نافذة له وإن لم يقل قبلت بغير خلاف وإلا لما صح الاحتجاج بها ، انتهى .

وهو كلام ظاهر ، والفرق ظاهر ؛ لأن إنشاء القبض من الموهوب قوي في الدلالة على الرضا بخلاف الوديعة ، فإنه ليس فيها ذلك .

قوله : (لَيْتَرَوَى) أي : ليرى رأيه .

وَلَوْ تَصَدَّقْتَ بِصَدَاقِهَا فَقَبِلَهُ ثُمَّ مَنَّتْ عَلَيْهِ فَرَدَّ كِتَابَهَا أَوْ أَشْهَدَ لَهَا فِي غَيْرِهِ لَمْ يَكُنْ لَهَا شَيْءٌ ؛ لِأَنَّهَا عَطِيَّةٌ لَمْ تُقْبَضْ ...

هو ظاهر ؛ لأن صداقها عليه دين فإذا قبل سقطت فإذا رده إليها أو أشهد على نفسه كان هبة منه لها ، فإذا مات لم يكن لها شيء ؛ لأنها عطية لم تقبض قبل موت الواهب .

وَإِذَا وَهَبَهُ مَا تَحْتَ يَدِ الْمُودِعِ وَمَاتَ وَعَلِمَ الْمُودِعُ صَحَّتْ ، بِخِلَافِ مَا لَوْ وَهَبَهُ مِمَّا تَحْتَ يَدِ وَكَيْلِهِ فَإِنَّهُ لَا يَصِحُّ إِلَّا مَا قَبِضَ ...

صوابه على مذهب سيبويه وهب له كما تقدم ؛ يعني إذا وهب الوديعة لغير من هي تحت يده (ومَات) أي : الواهب .

(وَعَلِمَ) جملة في موضع الحال ، زاد ابن القاسم في فرض المسألة رواية سحنون : ولم يأمر الواهب الموهوب بقبض الهبة ، ولم يذكر ابن المواز هذه الزيادة ، بل ذكر إذا جمع بينهما واشترط العلم ليكون حائزاً للموهوب له ولو دفعها الواهب كان رضا بخلاف ما وهب له ما تحت وكيله فإنه لا شيء له إلا ما قبض ، فلو وهبه مائة فقبض خمسين ثم مات الواهب لم يكن له إلا الخمسون ؛ لأن يد الوكيل كيد الموكل ، ومسألة الوكيل رواها عيسى عن ابن القاسم في العتبية ، ورواها أبو حنيفة عن مطرف وأصبغ .

وَمَا تَحْتَ يَدِ الْمُخْدَمِ وَالْمُسْتَعِيرِ كَالْمُودِعِ ، وَلَمْ يَشْتَرِطْ ابْنُ الْقَاسِمِ عِلْمَهُمَا بِخِلَافِ الْمُودِعِ لِقُدْرَتِهِ عَلَى أَنْ لَا يَحُوزَ لِلْمَوْهُوبِ ، وَقِيلَ : إِنْ كَانَ الْإِخْدَامُ وَالْهَبَةُ دَفْعَةً وَاحِدَةً فَهُوَ حُوزٌ لَهُ ، وَإِلَّا فَلَا ...

(كَالْمُودِعِ) فيه حذف مضاف ؛ أي كوديعة المودع فيكتفى بعلم من هما بيده إذا أشهد الواهب ، وكذلك قال ابن شاس^(١) ، وحياسة المخدم والمستعير حياسة للموهوب له إذا أشهد ، ونقل في «النكت» عن بعض شيوخه أنه اعتبر علم المخدم ورضاه كما في فضلة الرهن .

(١) «الجواهر» (١٠٧/٣) .

اللخمي : ويشترط أن يتل له الرقبة الآن وتكون المنفعة على المخدم على الواهب ولا على الموهوب له ، قال : وإن وهب إليه المرجع بعد انقضاء الخدمة ليس الآن لم يكن له حوز ، انتهى .

وعلى هذا فلا تشبيه بين المخدم والمستعار وبين المودع في حصول الحيازة بالعلم .

قوله : (وَلَمْ يَشْتَرِطْ ابْنُ الْقَاسِمِ عِلْمَهُمَا) هكذا قال في «المدونة»^(١) .

وقوله : (لِقُدْرَتِهِ عَلَيَّ أَنْ لَا يَحْوِزَ لَهُ) أي : المودع لما كان قادراً على رد ما تحت يده إلى من دفعه له صار كالوكيل لمن استحفظه على ذلك ، والموهوب له هو المالك الآن فلا بد من علم المودع بمن هو حافظ ، والمخدم والمستعير غير قادرين على رد ما قبلاه من المعطي فليسا بوكيلين لأحد فلا يشترط علمهما ، وهذا القول للتونسي .

وقوله : (وَقِيلَ... إلخ) نص في «الجواهر»^(٢) ، وقال عبد الملك : إذا تقدمت الخدمة لم يكن المخدم حائزاً للموهوب ، وإن أخذم ووهب في مرة واحدة كانت ذلك حيازة للموهوب .

عبد الملك : ولو كانت الهبة والإخدام في عبد فقتل بعد ذلك كانت قيمته لمن وهبت له الرقبة .

وَمَا تَحْتَ يَدِ الْمُرْتَهِنِ وَالْمُسْتَأْجِرِ لَيْسَ بِحَوْزٍ ، إِلَّا أَنْ يَهَبَ الْإِجَارَةَ ، فَقَالَ أَشْهَبُ :
الْمُسْتَأْجِرُ كَالْمُودِعِ ...

الأول مذهب ابن القاسم : أن الموهوب لا يتم حوزة إلا بافتكاكه كما تقدم في بابه ، وأما المستأجر فلا يتم إلا أن يهب الإجارة .

وقيده ابن زرقون وغيره بأن تكون الإجارة غير مقبوضة ليكون اقتضاء الموهوب منه الإجارة حيازة ، وأما قبض الواهب الأجرة فلا ، والفرق بين المخدم والمرتهن والمستأجر أن المخدم محوز عن ربه والمستأجر والمرهون محوز له .

قوله : (فَقَالَ أَشْهَبُ : الْمُسْتَأْجِرُ كَالْمُودِعِ) ظاهره أنه لا يفتقر إلى علم المستأجر وفيه نظر ؛ لأن الذي له في «الموازية» أن ذلك نافذ إذا أشهد وإن لم يسلم الإجارة معه ، هكذا نقل اللخمي وغيره .

(١) «المدونة» (١٥/١٢٣) .

(٢) «الجواهر» (٣/١٠٨) .

ابن عبد السلام : والأحسن لو زاد المؤلف فيما حكاه عن أشهب التشبيه بالمستعير فيقول كالمودع والمستعير ، هكذا في الرواية عن أشهب ؛ لأن اقتصاره على التشبيه بالمودع يوهم موافقة لابن القاسم في تفريقه بين المودع والمستعير من غير حاجة لذلك .

وَالْمُرْسَلُ هَدِيَّةٌ يَمُوتُ أَحَدُهُمَا قَبْلَ وُصُولِهِ ، فِي «الْمُدُونَةِ» : تَرْجِعُ إِلَى الْمُهْدِي أَوْ لورثته ، وَعَلَّلَ بِفَوَاتِ الْحَوْزِ أَوْ بَعْدَمِ الْقَبُولِ ، وَقَالَ ابْنُ حَبِيبٍ : إِنْ مَاتَ الْوَاهِبُ بَطَلَتْ بِخِلَافِ مَوْتِ الْمَوْهُوبِ لَهُ ، وَعَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ : إِنْ كَانَ لِمَنْ حَوْزُهُ حَوْزٌ لَهُمْ كَصِفَارِ بَنِيهِ وَأَبْكَارِ بَنَاتِهِ مَضَتْ إِنْ أَشْهَدَ ...

أي : إذا أرسل هدية لغائب عنه ثم مات الواهب أو الموهوب له قبل وصول الهدية ففي «المدونة» : ترجع إلى المهدي أو إلى ورثته .

وتبع المصنف في التعليل بفوات الحوز راجع إلى موت الواهب ، وبعدم القبول راجع إلى موت الموهوب .

وفي «المدونة» (١) : مقيد بما إذا لم يشهد ، وأما إذا أشهد فهي للمعطي أو لورثته ، وتبع المصنف في التعليل الذي ذكره ابن شاس ونسبه المؤلف «للمدونة» لإشكالها .

أما أولاً : فلأنه أبطلها بموت الموهوب والمؤثر في بطلان الهبة إنما هو موت الواهب .

وقد نص في «المدونة» (٢) في باب الهبة على خلاف هذا فقال : وإن وهبت هبة لحر أو عبد ولم يقبضها حتى مات فلورثة الحر ولسيد العبد قبضها وليس لك أن تمتنع من ذلك .

وإلى هذا الإشكال أشار التونسي وغيره ، ولهذا قال عياض : ولعل ما في «المدونة» أن يقول الباعث : أنا إنما قصدت بها صلة للمبعوث إليه بعينه إن وجد حياً ، ويكون مصدقاً ؛ إذ لا يلزمه إلا ما أقر به من معرفه إذا لم يشهد على أصله فيلزمه بظاهر فعله وقوله .

وأما ثانياً : فلأنه قد أمضاها بالإشهاد وهو مبطل للتعليل ، ولهذا قال ابن عبد السلام : الصواب عندهم في تعليل المسألة أنه مع الإشهاد قد فعل غاية المقدور في الحوز .

قوله : (وَقَالَ ابْنُ حَبِيبٍ ... إلخ) هو كما حكيناه عن «المدونة» في الهبة .

قوله : (وَعَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ ... إلخ) هذا تأويله عن مالك في رواية يحيى عنه ، قال :

(١) « تهذيب المدونة » (٤١٨/٣) .

(٢) « المدونة » (١٣٨/١٥) .

سألت ابن القاسم عن قول مالك في الرجل يشتري المتاع في الحج لبعض أهله ثم يموت قبل أن يبلغهم ذلك المتاع أنه لهم ، قال : وإنما أراد أن يكون اشتراه لأصاغر ولده ، ومثله روى علي بن زياد عن مالك أن الإشهاد لا ينفع في ذلك لمن يحوز عليه من ولده الصغير ، وأما الكبير والأجنبي فلا يحوز لهم إلا أن يحوزه غيره .

ورده محمد بأن الإشهاد في مثل هذا هو الحوز ، ورآه أيضاً عياض بأنه لو لم يحز إلا للصغار لم يختص ذلك إلا بالحج والسفر دون الإقامة ، ولا معنى لما قاله بعض الصقليين ، إنما يعني ذلك إذا وهب العين ثم اشترى به فجعل الشراء يقوم مقام الحوز ؛ لأن مسألة الذي وجه صلته وهبته قد جعلها حوزاً ، والعلة في ذلك كله عدم التفريط في الحوز .

واعترض كلام المصنف بأن ظاهر كلامه أن تأويل ابن القاسم في المسألة إنما هي في موت المهدي إذا كانت الهدية بيده ، ولو أخر تأويل ابن القاسم إلى مسألة الحاج كان أولى ؛ وهي قوله :

وَمَا يَسْتَصْحِبُهُ الْحَاجُّ وَغَيْرُهُ مِنَ الْهَدِيَّةِ لِأَهْلِهِ وَغَيْرِهِمْ كَذَلِكَ

أي : المشهور فيه الاكتفاء بالإشهاد ؛ لأنه غاية المقدور عليه ، وتصور هذا الكلام ظاهر .

فروع : قال مالك : وإن حلّى الأب صبياً بحلي ثم مات فهو للصبى دون الورثة ؛ لأنه

مظنة الحوز .

فائدة : لا تعتبر حيازة أخ ولا غيره من غير الموهوب إلا في أربع مسائل :

المتصدق بثوب في السفر ، والحاج يشتري لأهله شيئاً ويشهد عليه ثم يموت ، والحبس الذي لا غلة له كالسلاح إذا أخرجه مرة ثم رجع له ، والدار يتصدق بها فتحاز عنه سنة ثم يكرها فيموت فيها .

والهبة قسماً : مُقَيَّدٌ بِنَفْيِ الثَّوَابِ ، وَمُطْلَقٌ

وقسم مطلق ، وبقي عليه قسم آخر وهو مقيد بالثواب وذكره آخر الباب .

الأول : قِسْمَانِ : لِلْمُودَّةِ وَالْمَحَبَّةِ فَلَا رُجُوعَ إِلَّا لِلأَبِ وَالأُمِّ ، وَقِيلَ : مَا لَمْ يَحِزْهُ

الْمُتَوَكِّلُ عَلَيْهِ ...

يعني : أن القسم الأول وهو المقيد ينقسم إلى قسمين : الأول : أن يراد به وجه الموهوب

له وهو معنى قوله : (لِلْمُودَّةِ وَالْمَحَبَّةِ) ، والثاني : أن يريد به وجه الله .

وما ذكره من أنه لا رجوع للواهب للمودة والمحبة إلا للأب أو للأم هو مذهب مالك ،
 ودليله ما رواه أبو داود عن حسين المعلم عن عمرو بن شعيب عن طاوس عن ابن عمر
 وابن عباس رضي الله عنهم عنه عليه السلام قال : « لا يحل لرجل أن يعطي عطية أو يهب
 هبة فيرجع فيها إلا الوالد فيما يعطي لولده ، ومثل الذي يعطي العطية ثم يرجع فيها كمثل
 الكلب يعود في قيئه »^(١) ورواه النسائي أيضاً ، وقال أبو عمر : وصله حسين المعلم وهو ثقة .

وتقاس الأم على الأب ، وقيل : هو لعبد الملك قال : لا تعتصر الأم إذا حاز الهبة
 عنها له أبوه أو وهبه أو وهو إن كان يلي نفسه ، قال : ويعتصر الأب ؛ لأن أصل العصرة
 له ، قال : وإنما تعتصر ما وهبت له إذا كانت هي التي تليه ولم تخرج الهبة عن يده .

الللخمي : واختلف في اعتصار الأب إذا كان فقيراً ، فقيل : له ذلك ، ومنعه سحنون
 قال : وإنما يعتصر إذا كان الأب في حجره أو بائناً عنه وله مال كثير ، وصح اعتصار الأم
 إذا كان للولد أب سواء كان الأب موسراً أو معسراً أو الابن موسراً ، ويختلف إذا كان
 الابن والأب فقيرين قياساً على اعتصار الأب من الولد الفقير ، ويصح اعتصار أم مع عدم
 الأب إن كان الابن موسراً ، قاله أشهب في «الموازية» .

ولا يصح إذا كان صغيراً فقيراً ؛ لأنها حينئذٍ على وجه الصدقة ، ويختلف إذا كان
 كبيراً فقيراً فعلى قول سحنون لا تعتصر ، والمعروف من المذهب أنها تعتصر وإن كان
 صغيراً فقيراً ثم أيسر قبل البلوغ أو بعده لم يعتصر ؛ لأن المراعى حين العطية هل كان على
 وجه الهبة أو الصدقة إن كان له أب يوم العطية ، ولم تعتصر الأم حتى مات الأب كان لها
 أن تعتصر ؛ لأنه لم تكن على وجه الصدقة ، وفي «الموازية» : لا تعتصر ، والأول
 أحسن ؛ لأن المراعى يوم العطية ، انتهى مختصراً .

وَفِي إِحْلَاقِ الْجَدِّ وَالْجَدَّةِ بِهِمَا رَوَاتَانِ

الإحلاق لمالك في «الموازية» ؛ لأن الجد يطلق عليه أب ، وعدم الإحلاق رواه ابن القاسم
 في «المدونة» ؛ لأن الأصل عدم الرجوع ولا يتحقق دخولها تحت الحديث .

(١) أخرجه النسائي (٣٦٩٠) وفي «الكبرى» (٦٥١٨) وأحمد (٥٤٩٣) والطبراني في «الكبير»

(١٣٤٦٢) والبيهقي في «الكبرى» (١١٧٩٦) ، وصححه الألباني - رحمه الله .

وَلَوْ تَلَفَ الْمَوْهُوبُ أَوْ زَالَ مَلِكُهُ عَنْهُ أَوْ تَزَوَّجَتِ الْبِنْتُ أَوْ آدَانَ الْابْنُ لِأَجْلِ الْهَبَةِ -
وَقِيلَ : مُطْلَقًا - فَاتَ الرَّجُوعُ ...

لما ذكر الاعتصار شرع في موانعه ، وامتنع مع تلف الموهوب لفوات محل الاعتصار ، وكذلك إن زال ملكه عنه ؛ أي ببيع أو هبة أو غير ذلك .

قوله : (أَوْ تَزَوَّجَتِ الْبِنْتُ) لعله خصصه للاتفاق عليها لما تعلق للزوج من الحق في مالها ، وظاهر المذهب أن تزويج الابن كذلك ، وهو مذهبه في «الموطأ» وبه قال ابن القاسم في «العتبية» من رواية عيسى ، وهو ظاهر «المدونة» لقوله (١) : كذلك إن بلغ الصغار ما لم ينكحوا ، وقال ابن دينار : نكاح الذكر لا يمنع الاعتصار ؛ لأنه دخل في أمر مخرجه بيده بخلاف الأنثى ، والأظهر أن للأنثى أيضاً تعلقاً بمال الزوج بسبب النفقة والكسوة والسكنى ؛ إذ ذلك كله على قدر ماله .

وقوله : (أَوْ آدَانَ الْابْنُ) لعله خصصه ؛ لأنه الذي يتصرف غالباً وإلا فلا فرق بين الابن وال بنت في هذا .

وقوله : (لِأَجْلِ الْهَبَةِ) مفهومه أنه لو دأبوه ، لا لأجلها جواز الاعتصار كما لو كان الابن موسراً أو يعلم أنه لم يداين للهبة ، وهذا مذهب «الموطأ» ورواه مطرف وقال به ، وبه قال ابن القاسم وأصبح ومحمد .

وقوله : (وَقِيلَ : مُطْلَقًا) وقيل : الدين مطلقاً سواء كان لأجل الهبة أم لا يمنع الاعتصار ، ونسبه صاحب «البيان» (٢) لابن الماجشون ، والظاهر أن المراد بقوله : (أَوْ آدَانَ لِأَجْلِ الْهَبَةِ) أن يكون رب الدين قد قصد ذلك ولا يكفي قصد الولد ، هذا مقتضى كلام اللخمي وغيره لقوله : وإن دوين أو تزوج أو تزوجت البنت لأجل الهبة امتنع الاعتصار ، قال محمد : ويمتنع الاعتصار إذا دأبته الناس لأجلها ، وإن كان أبو الحسن قال : انظر لو كانت الهبة كثيرة ولم تعلم الزوجة ولا الذي دأبته بها هل يصح الاعتصار إذا لم ينكح لذلك ولا دأبته له ؟

(١) « تهذيب المدونة » (٣/٤٢٨) .

(٢) « البيان والتحصيل » (١٤/٥٨) .

وَلَوْ مَرَضَ أَحَدُهُمَا فَكَذَلِكَ وَقَالَ أَشْهَبُ : إِنَّ مَرِيضَ الْأَبِ فَلَهُ ، وَقَالَ أَيضاً : فَلَيْسَ لَهُ ،
وَقَالَ : وَأَمَّا الْإِبْنُ فَلَا أُدْرِي ...

أي : الواهب أو الموهوب له (فَكَذَلِكَ) أي : يفوت الاعتصار عند مالك وابن القاسم ،
قال في «البيان»^(١) : وهو المشهور ؛ لأنه لو مرض الواهب فاعتصاره لغيره وهو الوارث ،
وإن مرض الموهوب له فقد تعلق حق ورثته به ، وروى أشهب : إن مرض الأب فله
الاعتصار دون العكس ؛ لأن الاعتصار له قبل المرض فلا يزول به عملاً بالاستصحاب .
ابن نافع : وللسيد أن ينتزع مال مدبره وأم ولده أقرأ عنه على مال ولده وإن كان قد
وهبه ؛ لأن العبد ملك على ترقب والولد ملك حقيقة ، وقدرة الأب على الاعتصار لا
توجب ضعفاً في ملكه ، فانظروا .

وَعَلَى إِفَاتَتِهِ لَوْ زَالَ ، فَبِي عَوْدِ الرَّجُوعِ قَوْلَانِ

الضمير في (إِفَاتَتِهِ) وفي (زَالَ) يعود على المرض ، والقول بعود الاعتصار لابن القاسم
وأشهب والمغيرة وابن دينار وابن الماجشون .

ابن القاسم : لأن المرض أمر لم يعامله الناس عليه فهو بخلاف النكاح والمدائنة ،
والقول بعدم الاعتصار لملك في «الواضحة» وقاله أصبغ .

واختار اللخمي الأول ، ولسحنون ثالث بعود الاعتصار بزوال ملك الأب دون الابن ،
أما لو حصل تزويج ثم زال فلا يعود الاعتصار ، ولم يحك اللخمي في ذلك خلافاً ،
والفرق ما أشار إليه ابن القاسم كما ذكرناه ؛ لأن مانعية النكاح والدين مانعية محققة ، ألا
ترى كيف اتفق عليها دون المرض .

وَلَوْ وَهَبَ لَهُ عَلَى هَذِهِ الْأَحْوَالِ فَبِي إِفَاتَتِهَا الرَّجُوعِ قَوْلَانِ

أي : لو وهب له وهو مزوج أو مديان أو مريض فقال ابن الماجشون : لا رجوع لها ،
وقال أصبغ : له الرجوع .

اللخمي : قول ابن الماجشون ليس بحسن ، وهكذا قال ابن عبد السلام : الأقرب صحة
الاعتصار ؛ لأن الموهوب له لم يدخل أحداً في عهده بسبب الهبة .

(١) «البيان والتحصيل» (١٤/٥٩) .

وَتَغْيِرُ الْأَسْوَاقَ لَا يُفَيْتُ

هكذا نقل الباجي (١) عن مطرف وابن الماجشون وأصبع .

ابن راشد : ولا يختلف فيه .

وَفِي زِيَادَةِ عَيْنِهَا وَنُقْصَانِهَا قَوْلَانِ

أي : وفي تفويت الرجوع في الهبة بزيادة عينها ككبر الصغير وسمن الهزيل وانقضائها بعبق قولان ، مطرف وابن الماجشون : لا يفيت ، وأصبع : يفيت .

الباجي (٢) : وهو القياس من قول مالك وابن القاسم ، واختار اللخمي أنه لا يفيت في النقص ، قال : لأن مضرته على الواهب بخلاف الزيادة إلا أن يكون الأب هو المنفق على العبد وبماله نما .

اللخمي : فإن كانت أمة فزوجها كان له أن يعتصرها على أحد القولين ؛ لأن التزويج عيب ، مالك وابن القاسم : وإن كانت العطية دنائير فضرها حلياً فليس له اعتصاره ، وكذلك قال ابن الجلاب إذا خلط الدنائير بمثلها ، واستقرأ من «المدونة» خلافه .

وَلَوْ وُلِدَتِ الْأُمَّةُ لَمْ يُعْتَصَرَ الْوَالِدُ ، وَقَالَ اللَّخْمِيُّ : إِلَّا بِفَوْرِ الْوَالِدَةِ

(لَمْ يُعْتَصَرَ) أي : وتعتصر الأم ، وقد تقدم أن اللخمي ذكر أن مجرد التزويج يمنع الاعتصار على أحد القولين ، وقال اللخمي : (إِلَّا بِفَوْرِ الْوَالِدَةِ) أي : فيعتصر الولد ، وما ذكره من اعتصار الأم بعد الولادة وقع للمالك في كتاب المدنيين ، اللخمي : ولم يبين هل الولد من زوج أو من زنى .

وَالْحَمْلُ مِنْهُ يُفَيْتُ ، وَفِي مُجَرَّدِ الْوَطْءِ قَوْلَانِ

أي : وإذا ولدت من الولد فات الرجوع ؛ لأنها صارت أم ولد ، وفي معنى ذلك لو كاتبها أو دبرها أو أعتقها إلى أجل .

واختلف في مجرد الوطء ، فمذهب «المدونة» وهو قول مالك وابن القاسم وأكثر الأصحاب يفيت وإن كانت ثيباً .

وقال المغيرة : لا يفيت وبه قال ابن الماجشون ، قال : وتوقف حتى تستبرأ فإن حملت

(١) «المنتقى» (١٧/٨) .

(٢) «المنتقى» (١٧/٨) .

بطل الاعتصار ، وعلى الأول فلو خلا الابن وادعى الوطاء لم يعتصر ، قاله يحيى بن عمر .

ابن عبد السلام : والأقرب أن الخلاف مقصور على وطاء الثيب وأن وطاء البكر يتفق على التفويت به .

الثاني : مَا يَقْصَدُ بِهِ التَّقَرُّبُ إِلَى اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ مِنْ صَلَّةِ رَحِمٍ أَوْ لَفَقِيرٍ أَوْ يَتِيمٍ أَوْ نَحْوِهِ فَلَا اعْتِصَارَ فِيهِ لِأَبٍ وَلَا لَأُمٍّ وَلَا لِغَيْرِهِمَا لِأَنَّهُ صَدَقَةٌ ...

أي : الثاني من قسمي القسم الأول وهو المودة ؛ يعني : ما قصد به التقرب إلى الله تعالى من صلة الرحم أو صلة لفقير أو يتيم ونحوهما مما يدل على قصد التقرب إلى الله تعالى به ، فلا رجوع في ذلك لأب ولا لأم ؛ لأنه صدقة ، وقد ورد النهي عن العود في الصدقة .

واختلف إذا اشترط الرجوع في الصدقة ، فقول : لا رجوع ؛ لأن سنتها عدم الرجوع والذي قاله الباجي في «وثائقه» وابن الهندي : أن له ذلك .

ابن الهندي : قال فضل : سنة الصدقة عدم الرجوع ، قيل : وسنة الحبس عدم الرجوع وإذا اشترط المحبس بيعه كان له شرطه .

فرع :

ويلحق في الصدقة في عدم الارتجاع ما لو وهب هبة لوجه الله الكريم ، قاله ابن الماجشون مثل أن يكون له ابن أو ابنة محتاجاً فقيراً في حجره أو كبيراً بائناً عنه ، وقال مطرف : من وهب هبة لله أو لوجه الله فله الاعتصار ، وبالأول جرى العمل ويقول مطرف تعلم أن ما حكاه بعضهم من الاتفاق على عدم الرجوع في الهبة إذا أريد بها وجه الله ليس بجيد .

وَلَا يَنْبَغِي لَهُ أَنْ يَتَمَلَّكَهَا بِوَجْهِهِ إِلَّا بِمِيرَاثٍ

الضمير في (تملكها) عائد على الصدقة ، وظاهر قوله : (وَلَا يَنْبَغِي) الكراهة وهو ظاهر المدونة لقوله في الزكاة : (وأكره للرجل شراء صدقته) ، والأصل فيه قوله عليه السلام لعمر في الفرس الذي تصدق به : «لَا تَشْتَرِهِ وَلَوْ أَعْطَاكَ بِدِرْهَمٍ» (١) .

(١) أخرجه البخاري (١٤١٩) ومسلم (١٦٢٠) من حديث عمر - رضي الله عنه .

اللخمي : ومشهور المذهب حمل النهي على الندب ، وحمله الداودي على التحريم .
وتخصيصه الصدقة يدل على الجواز في الهبة وهو قول مالك في «الموازية» ، وكره ذلك
عبد الوهاب في الصدقة وأنه لا يشتريها ممن حصلت له من المتصدق عليه .

وَلَا يَأْكُلُ مِنْ ثَمَرِهَا وَلَا يَرْكَبُهَا

قال في «المدونة»^(١) : ومن تصدق على أجنبي بصدقة لم يجز له أن يأكل من ثمرها
ولا يركبها ولا ينتفع بشيء منها ، وأما الأب والأم إذا احتاجا فينفق عليهما ما تصدقا على
الولد .

وفي «المدونة»^(٢) أيضاً : ومن تصدق على ابنه الصغير بجارية [فتبعها]^(٣) نفسه فلا
بأس أن يقومها على نفسه ويشهد ويستقصي للابن ، وفرض المسألة في «العتبية» في
العبد .

ابن رشد^(٤) : وهو في الجارية أعذر .

وقال ابن المواز : للرجل أن يأكل من لحم غنم تصدق بها على ابنه ويشري من لبنها
ويكتسي من صوفها إذا رضي الولد وكذلك الأم .

محمد : وهذا في الولد الكبير ، وأما الصغير فلا يفعل ، قاله مالك .

وقوله : (وَلَا يَأْكُلُ مِنْ ثَمَرِهَا وَلَا يَرْكَبُهَا) ظاهره أنه لا ينتفع مطلقاً ، وفي
«الرسالة»^(٥) : ولا بأس أن يشرب من لبن ما تصدق به .

أبو الحسن : وظاهره خلاف «المدونة» .

وفي «المعونة»^(٦) : إلا أن يشرب من ألبان الغنم يسيراً أو يركب الفرس الذي جعله في
السييل وما أشبه ذلك مما يقل خطره .

(١) «المدونة» (١٥/١١٣) .

(٢) «تهذيب المدونة» (٣/٤٢٠) .

(٣) قي ط : تبعها .

(٤) «البيان والتحصيل» (١٣/٣٦٢) .

(٥) «الرسالة» (ص ١١٨) .

(٦) «المعونة» (٢/٤٩٨) .

وقيل : معنى ما في «الرسالة» إن كان بحيث لا ثمن له ، وقيل : يحمل ما في «الرسالة» على ما ذكره ابن المواز وقد تقدم .

وقال ابن عبد السلام : يعني لا ينتفع بما تصدق برقبته ، وأنه إذا تصدق بحائط فلا يأكل من ثمره وإذا تصدق بدابة فلا ينتفع بركوبها ، وفي ذلك قولان أشهرهما الجواز لحديث العرايا ، وقال عبد الملك : لا ينتفع بذلك .

خليل : وفيه نظر ؛ لأن الجواز خلاف ظاهر «المدونة» .

وَأَمَّا الْمُطْلَقُ فَيُحْمَلُ عَلَى مَا يَتَّفِقَانِ عَلَيْهِ

هذا هو القسم الثاني من أصل تقسيم الهبة حيث قال : (وَالْهَبَةُ قِسْمَانِ) .

وسمي مطلقاً ؛ لأنه لم يقيد بنفي ثواب ولا بوجوده فيحمل على ما يتفقان عليه ، فإن اتفق الواهب والموهوب له على الثواب أو على عدمه عمل عليه .

وَإِذَا اخْتَلَفَا حُكِمَ بِالْعُرْفِ مَعَ الْيَمِينِ فَإِنْ أَشْكَلَ فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْوَاهِبِ مَعَ يَمِينِهِ

نحوه في «الجواهر»^(١) و «الجلاب»^(٢) ، ولفظ الجلاب : ومن وهب هبة مطلقة وادعى أنه وهبها للثواب نظر في ذلك وحمل على العرف فيه ، فإن كان مثله يطلب الثواب على هبته قبل قوله مع يمينه ، وإن كان مثله لا يطلب الثواب على هبته فالقول قول الموهوب له مع يمينه ، وإن أشكل ذلك واحتمل الوجهين فالقول قول الواهب مع يمينه وألزمه اليمين سواء شهد العرف أم لا .

عياض : وهكذا في بعض نسخ «المدونة» ذهب ابن زرب وأبو عمران إلى نفي اليمين إذا شهد له العرف .

وفي «المقدمات»^(٣) : وإن لم يتبين أنه أراد بهبته مجرد الثواب دون مكافأة أو قصد الوجهين جميعاً ، وذلك مثل هبة النظراء والأكفاء من أهل الوفر والغنى .

ففي «المدونة»^(٤) : القول قول الواهب ، واختلف الشيوخ في تأويلها هل بيمين أو

(١) «الجواهر» (١١١/٣) .

(٢) «التفريع» (٣٧٠/٢) .

(٣) «المقدمات» (١١٢/٢) .

(٤) «المدونة» (١٤٠/١٥) .

بغيرها، قال : وأرى أنه على ثلاثة أوجه : إن قال الواهب : أردت الثواب ولم أشترط ، فعلى الخلاف في يمين التهمة وله الثواب ، وأما على القول الذي لا يوجب عليه اليمين في التهمة فلا يحلف بوجه ، وإن قال : اشترطت عليك الثواب ، وقال الموهوب له : بل بينت ألا ثواب ، فالقول للواهب مع يمينه بنفي الثواب وذلك راجع إلى الموهوب أو الموهوب له ، فالأولى كهبة الدنانير والدرهم فلهبة مردودة .

وقال في «المختصر» : لا ثواب له إلا أن يكون لذلك وجه كالسبائك والحلي المكسور فإن ابن القاسم نص على نفي الثواب فيهما ، وجعل ابن القاسم الحلي الصحيح مما يثاب عليه خلافاً لأشهب ، والثاني كهبة أحد الزوجين للآخر فإنه لا ثواب بينهما على مذهب «المدونة»^(١) ، ففيها : ولا يقضى بين الزوجين بثواب ولا بين ولد ووالده إلا أن يظهر ابتغاء الثواب بينهم ؛ كالزوجة تهب لزوجها جارية فارهة تسألها إياه لما تستجلبه من صلته ، أو الزوج يهبها والابن لما يستقر من أبيه ، فلذلك حكم بنفي الثواب ولو اشترط ثواباً لزمهما ، وكذلك نص فيه على الهبة في حق الأقارب أنه لا رجوع إذا علم أنه لا يريد الثواب ، وأنى له الثواب إن علم أنه أراده .

وحكى في «المقدمات»^(٢) في الأقارب والزوجين قولين :

الأول : أنه لا يصدق في الثواب إلا أن يشترطه ، وروي عن مالك أيضاً وبه قال ربيعة والليث .

والثاني : أنه يصدق وإن لم يظهر ما يدل على صدقه ، حكاه صاحب «المعونة»^(٣) وكهبة الطعام ، ونحوه للقادم في سفر ، ففي «المدونة»^(٤) : وإذا قدم غني من سفره فأهدى له [جاره]^(٥) الفقير الفاكهة والرطب وشبهه ثم قام يطلب الثواب فلا شيء له ، ولا له أخذ هبته وإن كانت قائمة بعينها .

وقال ابن عبد الحكم : يجب الثواب في المهدي للمسافر .

(١) «تهذيب المدونة» (٣/٤٢٩) .

(٢) «المقدمات» (٢/١١٣) .

(٣) «المعونة» (٢/٤٩٧) .

(٤) «تهذيب المدونة» (٣/٤٢٩) .

(٥) سقط من ط .

للخمي : وهو أبين والشأن الثواب ؛ لأن الناس على ضربين : منهم من لا يتكلم على ذلك وإن لم يطلب فهما إن وقع بينهما بعد ذلك مقابحة على الهبة لم يكن له شيء ، ومنهم من يتكلم على الثواب فيقضى له به .

ونص ابن العطار على أنه يقضى بالثواب فيما يهدونه في إعسارهم من الجزاف ونحو ذلك .

الباجي^(١) : قضى قضاة بلدنا : فيقضى للمهدي بقيمة الكباش [حيث قبضها المهدي إليه إن كانت مجهولة الوزن]^(٢) وبوزنها إن علم وزنها ويقاصه بما أكل عنده ومن جاء معه ، وكهبة غني لفقير أو فقير لغني فلا يصدق في الثواب إذا لم يشترطه ، بخلاف هبة الغني لغني أو فقير لفقير فيصدق في الثواب ، قاله في «المدونة»^(٣) .

وَلَا يَلْزَمُ الْمَوْهُوبَ إِلَّا قِيمَتُهَا قَائِمَةً أَوْ فَائِتَةً ، وَقَالَ مُطَرِّفٌ : لِلْوَاهِبِ أَنْ يَأْبَى إِنْ كَانَتْ قَائِمَةً ...

يعني : أن هبة الثواب إن فاتت لم يلزم الموهوب إلا قيمتها ، وإن كانت قائمة فالمشهور أن الموهوب له إذا دفع قيمتها لزم الواهب قبولها .

وقال مطرف : له أن يمتنع من قبول القيمة وأكثر ؛ لأنه لو أراد قيمته أو أكثر لباعها في السوق ، وللموهوب له أن يردّها إلا أن تفوت .

واختلف بما تفوت في حق الموهوب له حتى تلزمه القيمة على أربعة أقوال :

أولها : القبض ، رواه ابن الماجشون عن مالك .

ثانيها : حوالة الأسواق ، وهو قول ابن القاسم في «الموازية» .

ثالثها : الزيادة أو النقصان ، قاله ابن القاسم في «المدونة» .

الباجي^(٤) : وهو المشهور .

ورابعها : النقص فقط ، رواه عيسى عن ابن القاسم في «العتبية» .

(١) «المنتقى» (٢٣/٨) .

(٢) سقط من ط .

(٣) «تهذيب المدونة» (٤٢٩/٣) .

(٤) «المنتقى» (٢٣/٨) .

واختلف أيضاً في فواتها بالنسبة إلى الواهب حتى تلزمه القيمة على خمسة أقوال :
أولها : مجرد الهبة على قول محمد الذي يقول : إنه يلزمه دفع الهبة وإن لم يقبض
الثواب .

ثانيها : القبض وهو المشهور .

ثالثها : التغيير بالزيادة والنقصان في كتاب الشفعة من «المدونة» .

رابعها : النقصان فقط ، قاله أشهب .

خامسها : لا تفوت إلا بذهاب عينها أو العتق ونحوه ، فإن تلف بعضها فلاأخذ
الباقي ، قاله مطرف .

ومن هذا المعنى اختلافهم متى تكون القيمة ؟ فلمالك قولان : يوم القبض ، ويوم
الهبة ، ومذهب محمد واختيار محمد يوم القبض ، فعلى أن ضمانها من البائع تكون القيمة
في السلعة الموهوبة يوم القبض ، وعلى القول بأن ضمانها من المبتاع تكون القيمة قيمتها
يوم الهبة ، وهو اختيار ابن القاسم وابن المواز ، وهذا على القول بأن للواهب أن يمك
هبتة حتى يأخذ الثواب وعلى القول بأنه ليس له أن يمكها ويلزمه دفعها بخلاف البيع
بضمانها بعقد الهبة من الموهوب له ولا يدخلها ما يدخل المحبوسة بالثمن ، انتهى .

والقول بأنه يجبسها حتى يأخذ الثواب هو مذهب «المدونة» ، ومقابلته لمحمد وعلل ذلك
بأنها مبنية على المكارمة .

وَفِي تَعْيِينِ الدَّرَاهِمِ وَالدَّنَانِيرِ ثَالِثُهَا لِابْنِ الْقَاسِمِ : إِلا فِي الحَطَبِ وَالتَّنِّ وَشِبْهِهِ

القول بتعيين الدراهم والدنانير لأشهب ، والقول بأنها لا تتعين ويلزم الواهب قبول ما
دفعه الموهوب له مما فيه وفاء بالقيمة لسحنون .

والثالث لابن القاسم : لا تتعين ولا أن يشبه ما شاء إلا ما كان كالحطب والتبن والعبد
والمخدم ما لم تجر العادة أن يثاب بمثله وهو الأقرب ؛ لأن العرف كالشرط ، وهل يعتبر
فيما بين الهبة وعرضها السلامة من الربا ؟ اعتبر ذلك في «المدونة» فمنع أن يعرض من
الحلي دراهم ومن الطعام طعاماً مخالفاً ومن الثياب ثياباً أكثر منها من نوعها ، وأجاز في
«الموازية» كثيراً من هذا المعنى .

وَلَيْسَ لَهُ الرَّجُوعُ فِي الثَّوَابِ بَعْدَ تَعْيِينِهِ وَإِنْ لَمْ يَقْبِضْ

لأنه التزمه بعينه .

وَإِذَا صَرَخَ بِالثَّوَابِ فَإِنْ عَيْنُهُ فَبِيعَ

كما لو قال : أهبها لك بمائة دينار ، ولا خفاء فيه ، وقال : (بِيعَ) ولم يقل بـ«حائز»؛

ليعلم أنه يشترط في ذلك شروط البيع كالرد بالعيب .

وَإِنْ لَمْ يَعْيِنَهُ فَصَحَّحَهُ ابْنُ الْقَاسِمِ ، وَمَنَعَهُ بَعْضُهُمْ لِلْجَهْلِ بِالثَّمَنِ

أي : وإن وهبه بشرط الثواب ولم يسمه فأجازه ابن القاسم في «المدونة» وقاله أصبغ .

الباجي^(١) : وهو أولى ؛ لأن العرف كالشرط ، ولأنه مبني على المكارمة ، فلما أخذ

شبهاً من ناحية المعروف لم يحتج إلى حيازة .

وقوله : (وَمَنَعَهُ بَعْضُهُمْ) هو ابن الماجشون ؛ أي : لأنه كبائع سلعة بقيمتها ، وذلك

جهل بالثمن .

كتاب اللقطة

اللُّقْطَةُ : كُلُّ مَالٍ مَعْصُومٍ مُعْرَضٍ لِلضِّيَاعِ فِي عَامِرٍ أَوْ غَامِرٍ

اللقطة - بفتح القاف وضم اللام - ما التقط ، هكذا استعمله الفقهاء ، وقياس هذا أن يكون ممن يكثر منه الالتقاط كالهزمة والضحكة ، وفسرها الزبير على الأصل : اللقطة - بفتح القاف وسكونها - ما التقط ، وحكى ابن الأثير القولين ، قال : والأول أصح .

عياض : الالتقاط وجود الشيء من غير طلب ، وقول المصنف : (كُلُّ مَالٍ... إلخ) كلية تعرف به اللقطة ، واحترز بالمعصوم من غيره كمال الحربي وبمعرض للضياع مما هو في حفظ ، والغامر - بالغين المعجمة - ضد العامر ، ولا يقال تخرج منه الشاة الملتقطة في الصحراء لأنها غير معصوم ، إذ لآخذها أكلها من غير ضمان ، لأننا نقول : المراد بالمعصوم في الأصل والشاة كذلك ، ولأن إطلاق اللقطة عليها مجاز .

وَلَا يَلْتَقِطُ الْإِبِلَ فِي الصَّحْرَاءِ

لما في «الموطأ» و«الصحيحين» : سئل عليه السلام عن لقطة الذهب والفضة فقال : «اعرف عفاصها ووكاءها ثم عرفها سنة ، فإن لم تعرف فاستبقها ولتكن وديعة عندك ، فإن جاء طالبها يوماً من الدهر فأدّها إليه » ، وسئل عن ضالة الإبل فقال : « ما لك ولها ، دعها فإن معها حذاءها وسقاءها ترد الماء وتشرب الماء حتى يجدها ربها » ، وسأله عن الشاة فقال : «خذها فإنما هي لك أو لأخيك أو للذئب»^(١) .

وفي رواية حماد بن سلمة عند مسلم : « فإن جاء صاحبها فعرف عفاصها ووكاءها فأعطها إياه ، وإلا فهي لك » .

وعنده أيضاً من حديث سفيان بن زياد بن أنيسة وحماد بن سلمة في حديث آخر : « فإن جاء أحد يخبرك بعددها ووعائها ووكائها فأعطها إياه »^(٢) .

وقوله : «وسقاءها» هي استعارة لصبرها عن الماء كمن حمل معه سقاء ، والحذاء - بالحاء المهملة والذال المعجمة ممدوداً - ما وطأ عليه البعير من خف والفرس من حافر ، قاله الجوهري^(٣) وعياض ، وهي استعارة لصبرها على المشي كمن لبس الحذاء .

(١) أخرجه مالك (١٤٤٤) والبخاري (٩١) ومسلم (١٧٢٢) .

(٢) أخرجه مسلم (١٧٢٣) . (٣) «الصحيح» (١١٩/١) .

وأشار ابن شهاب إلى أن الإبل لم تزل على ما ذكره في الحديث من عدم التقاطها إلى زمان عثمان رضي الله عنه فأمر بتعريفها ثم تباع ، فإن جاء صاحبها أعطي الثمن لفساد الناس حينئذ ، واختلف هل تلتقط حين لا يؤمن عليها السباع ؟

مالك وابن القاسم وأشهب : إن كان الإمام عدلاً أخذت ودفعت إليه ليعرفها ، وليس للملتقط أكلها ولا بيعها ، فإن لم تعرف ردها حيث وجدها .

ابن القاسم : وهو رأي على ما روي عن عمر رضي الله عنه ، قال مالك مرة فيمن وجد بعيراً ضالاً : فليات به الإمام يبعه ويجعل ثمنه في بيت المال .

وقال في «مدونة أشهب» : يباع ويوقف ثمنه حتى يأتي ربه ، فإن يش منه تصدق به عنه كما جاء عن عثمان رضي الله عنه ، قالوا : وإن كان الإمام غير عدل لم تؤخذ وتركت مكانها ، انتهى .

وفي «المقدمات»^(١) بعد أن ذكر عدم التقاط الإبل : قيل : إن ذلك في جميع الأزمان ، وهو ظاهر قول مالك في «المدونة» و «العتبية» .

وقيل : بل هو خاص بزمان العدل وصلاح الناس ، وأما في الزمان الذي فسد فيه الناس فالحكم فيه أن تؤخذ وتعرف ، فإن لم تعرف بيعت ووقف ثمنها لصاحبها ، فإن لم يأت ويش منه تصدق به عنه على ما فعله عثمان رضي الله عنه .

ابن عبد السلام : وصحيح مذهب مالك عدم التقاطها مطلقاً .

وقوله : (في الصَّحْرَاءِ) نحوه في «المدونة» فيحتمل ألا يكون له مفهوم ، وأنه خرج مخرج الغالب ، ويحتمل أن يكون له مفهوم وهو محتمل للموافقة ؛ لأنه إذا امتنع التقاطها حيث يتوهم ضياعها فامتناعها حيث لا يتوهم ضياعها أولى ، ومحتمل للمخالفة فيكون معناه أنها تلتقط في العمران لسهولة وجدان ربها له بخلاف ما إذا نقلها من الصحراء إلى العمارة فلا يتأتى معرفة ربها ، ولأنها في العمران لا تجد ما تأكل فتهلك .

ابن عبد السلام : والأول أسعد لظاهر المذهب ، والثاني أقرب إلى لفظه ، وإلا لقال لا تلتقط الإبل وسكت عن الصحراء .

وَفِي إِحْقَاقِ الْبَقْرِ وَالْخَيْلِ وَالْبِغَالِ وَالْحَمِيرِ ثَالِثُهَا لِابْنِ الْقَاسِمِ : تُلْحَقُ الْبَقْرُ دُونَهَا

القول بالإحقاق لأشهب ، قال : لا تؤخذ البقر والبالغ والحمير ، وإن أخذها عرفها

سنة ثم تصدق بها .

وقال ابن شعبان : لا تلحق البقر وتؤكل ، وعلى هذا فتلتقط الخيل والحمير ويعرف ما

قاله في «المدونة» .

والثالث مذهب «المدونة» ، قال فيها^(١) : وضالة الإبل إن كانت بموضع يخاف عليها

فهي كالشاة وإن كانت بموضع لا يخاف عليها من السباع والذئب فكالإبل ، فإن وجد

الخيول والبالغ والحمير فليعرفها ، فإن جاء ربهما أخذها ، وإن لم يأت تصدق بها .

وَيُلْتَقَطُ الْكَلْبُ ، وَالْمَتَاعُ بِسَاحِلِ الْبَحْرِ ، وَالْمَطْرُوحُ خَوْفَ الْغَرَقِ ، وَبِالْفَلَاةِ لِعَدَمِ الرَّاحِلَةِ

لَأَرْبَابِهَا وَعَلَيْهِمْ أُجْرَةٌ مِثْلَهُ

يريد : المأذون في اتخاذه ، وأما غيره ففي «المدونة»^(٢) : لا شيء على قاتله فكيف

يلتقط .

وقوله : (لَأَرْبَابِهَا) قد تقدم في هذا خلاف في باب الزكاة وعليهم أجرة حملة إن

شاؤوا أخذها وإن شاؤوا تركه لوأجده لم يلزمهم شيء .

وَالْأَلْتِقَاطُ حَرَامٌ عَلَى مَنْ يَعْلَمُ خِيَانَةَ نَفْسِهِ ، وَمَكْرُوهٌ لِلْخَائِفِ ، وَفِي الْمَأْمُونِ

الاسْتِحْبَابُ ، وَالْكَرَاهَةُ ، وَالْأَسْتِحْبَابُ فِي مَا لَهُ بَالٌ ، وَالْوَجُوبُ إِنْ خَافَ عَلَيْهَا الْخَوْنَةَ

يعني : أن حكم اللقطة يختلف بحسب الملتقط ، وجعل الأقسام ثلاثة :

أولها : أن يعلم من نفسه الخيانة إن أخذها فيكون التقاطه عليه حراماً .

وثانيها : أن يخاف على نفسه أن يستقرئ الشيطان أن يأخذها ولا يتحقق ذلك فيكون

التقاطه له مكروهاً .

وثالثها : أن يثق بأمانة نفسه ، ثم قسم هذا على قسمين :

الأول : أن تكون بين ناس لا بأس بهم ولا يخاف عليه الخونة .

(١) «المدونة» (١٥/١٧٦) .

(٢) «المدونة» (١٥/١٧٦) .

والثاني : أن يخاف عليها ، فإن خافهم وجب عليه الالتقاط لقدرته على حفظ مال أخيه ، وحكى على ذلك الاتفاق ، وإن لم يخف فثلاثة أقوال وهي كلها لمالك : الاستحباب لأن تعريفها ينبه لها ربها ، والكراهة لأن صاحبها قد يأتي إليها ويذكر موضعها فيأتي إليه فإذا لم يجدها لا يطلبها .

وقوله في القول الثالث : (الاستِحْبَابُ فِي مَا لَهُ بَالٌ) فتركه أفضل .

وقيد ابن رشد^(١) هذا الخلاف بأن يكون الإمام عدلاً ، وإن كان الإمام غير عدل وكانت بين قوم مأمونين فالاختيار ألا يأخذها اتفاقاً ، وإن كانت بين قوم غير مأمونين فيخير بين أخذها وتركها بحسب ما يغلب على ظنه من أحد الطرفين .

فَإِنْ أَخَذَهَا لِيَحْفَظَهَا ثُمَّ رَدَّهَا ضَمِنَ

قال : (لِيَحْفَظَهَا) ؛ لأنه لو أخذها ليسأل عنها من بين يديه لم يضمن كما في «المدونة» في واجد الكساء بأرفقة فأخذها وصاح : أهذا لكم ؟ فقالوا : لا ، فرده ، قال : قد أحسن في رده ولا يضمن .

عياض : ولا خلاف في مسألة الكساء إذا ردها في الحين .

وقوله : (ثُمَّ رَدَّهَا ضَمِنَ) ظاهره سواء ردها في القرب أم لا ، أما إن لم يردها عن قرب فمذهب ابن القاسم أنه يضمن وإليه ذهب عبد الوهاب ، وقال أشهب : لا ضمان عليه وإن مكث في يده ، وأما إن ردها بالقرب ففيه أيضاً خلاف .

لكن اختلف تأويل الشيوخ هل يوافق ابن القاسم قول أشهب هنا أو يقال بالضمن مطلقاً ؟

وَهِيَ أَمَانَةٌ مَا لَمْ يَتَوَّخِزْهَا فَتَصِيرُ كَالْمَغْصُوبَةِ

يعني : فيضمن ولو فاتت بسماوي ، ويصدق ولا يلزمه الإشهاد عليها حالة التقاطها خلافاً لبعض الحنفية .

(١) «المقدمات» (١٥/٣٥٤) .

وَيَجِبُ تَعْرِيفُهَا سَنَةً عَقِبَهُ فِي مَظَانِّ طُلَابِهَا فِي الْجَوَامِعِ وَالْمَسَاجِدِ وَغَيْرِهَا فِي كُلِّ يَوْمَيْنِ أَوْ ثَلَاثَةٍ بِنَفْسِهِ أَوْ بِمَنْ يَتَّقِي بِهِ ، أَوْ يَسْتَأْجِرُ مِنْهَا إِنْ كَانَ مِثْلُهُ لَا يُعَرَّفُ

(عَقِبَهُ) أي عقب الالتقاط ، وظاهره لو أخرج التعريف لضمن ، وفي اللخمي : إن أمسكها سنة ولم يعرفها ثم عرفها فهلكت ضمنها ، انتهى .

وينبغي ألا يتقيد بالسنة ، وقوله : (فِي الْجَوَامِعِ) ؛ هو بدل من قوله : (فِي مَظَانِّ طُلَابِهَا) وظاهره أن التعريف يكون فيها ، ولعل ذلك مع خفض الصوت ، ويحتمل أن يكون على حذف مضاف ، أي في باب الجامع والمساجد وهو أحسن ، أما أولاً فلائنه كذلك في «المدونة» وغيرها .

وأما ثانياً فلأن في مسلم عنه عليه السلام : «من سمع رجلاً يتشد ضالة في المسجد فليقل : لا ردها الله عليك ، فإن المساجد لم تبن لهذا»^(١) ؛ ولهذا قال مالك في «العتبية»^(٢) لا أحب تعريف اللقطة في المساجد .

فروع :

وإن وجدها بين مدينتين عرفها فيهما .

ابن القاسم : وإن وجدت بقرية ليس فيها إلا أهل الذمة فليدفع لأخبارهم .

وقوله : (فِي كُلِّ يَوْمَيْنِ أَوْ ثَلَاثَةٍ) أي : مرة ، هكذا روى ابن نافع عن مالك .

ابن عبد السلام : وينبغي أن يكون أكثر من ذلك في أول تعريفه .

اللخمي : واختلف عن مالك هل يسمي جنس اللقطة إذا أنشدها أو لا يسمي أحسن ،

ويلفق ذكرها مع غيرها ؟

وهو مخير بين أربع : بين أن يعرفها بنفسه أو يدفعها إلى السلطان إذا كان عدلاً ، أو

إلى مأمون يقوم مقامه أو يستأجر منها من يعرفها فجائز أن يعرفها للحديث ، وأجاز له في

«المدونة» أن يدفعها إلى السلطان ، وأجاز ابن القاسم في «العتبية» أن يدفعها إلى المأمون

يعرفها ، وأجاز ابن شعبان أن يستأجر منها عليها يريد إذا لم يلزم تعريفها وكان مثله لا يلي

(١) تقدم تخريجه .

(٢) «البيان والتحصيل» (١٥/٣٦١) .

مثل ذلك ، يعني فإن كان مثله ممن يتولى ذلك لم يستأجر عليها إلا من مال نفسه لأنه بالتقاطه كالمترزم لتعريفها ، وإلى هذا أشار المصنف بقوله : (بِنَفْسِهِ أَوْ بِمَنْ يَثِقُ بِهِ إِنْ كَانَ مِثْلَهُ لَا يُعْرَفُ) .

فإن قلت : لم جاز له هنا أن يستنيب فيها ولم يجز في الوديعة والمقصود فيهما الحفظ ؟
 قيل : رب اللقطة لم يعن الملتقط الحفظ بخلاف المودع .

ابن كنانة : وإذا دفعها لغيره وقال له : اعمل بها ما شئت .

الباجي (١) : وقد أعلمه أنها لقطة فإن ادعى الملتقط ضياع اللقطة فقال ابن القاسم : لا شيء عليه ، وقال أشهب وابن نافع : عليه اليمين .

أشهب : وإن ادعى صاحبها أنه التقطها ليذهب بها فالقول للملتقطها : إنه أخذها للتعريف بلا يمين ، والله أعلم .

وَلَهُ أَنْ يَتَمَلَّكَهَا بَعْدَهَا أَوْ يَتَّصِدَّقَ بِهَا ضَامِنًا لَهَا ، قَالَ الْبَاجِي : إِلَّا مَكَّةَ فَلَا تُمَلَّكُ لِقَطَّتْهَا لِلْحَدِيثِ ، وَالْمَذْهَبُ خِلَافُهُ ، أَوْ يُبْقِيهَا أَمَانَةً

أي : وللملتقط أن يتملك اللقطة بعد سنة أو يتصدق بها ضامناً لها ، أي إن جاء صاحبها فظاهر كلامه أنه مخير ، وبذلك صرح في «الجلاب» (٢) .

ابن عبد السلام : ونصوص المذهب على رجوحية التملك ، وربما وقع المنع من ذلك ؛ لأن المراد من الملتقط أن يتصرف فيها ، انتهى .

قيل : وظاهر «المدونة» (٣) الكراهة لقوله : لا أمره بأكلها قلت أو كثرت ولا يستجر باللقطة بالسنة ولا بعد السنة أيضاً كالوديعة .

وقال ابن القصار : يكره أن يملكها غنياً أو فقيراً فإن أكلها جاز .

اللخمي : وقال ابن شعبان : له ذلك إن كان غنياً بمثلها ، وقال ابن وهب : إن كانت قليلة وكان فقيراً أكلها .

(١) «المنتقى» (٥٥/٨) .

(٢) «التفريع» (٣٩٦/٢) .

(٣) «المدونة» (١٧٣/١٥) .

والذي يقتضيه قول ابن القاسم في «المدونة» أن له أن يستمتع بها غنياً كان أو فقيراً ، وذكر في «الاستذكار»^(١) أن تحصيل المذهب جواز الأكل للفقير والغني ، وقال : وعليه يناظر أصحابه للحديث : «شأنك بها بعد السنة»^(٢) ولم يفرق بين الفقير والغني .
وقوله : (قَالَ الْبَاجِيُّ : إِلَّا مَكَّةَ) ابن عبد السلام : نحوه للّخمي وابن رشد وابن العربي ومذهب الداودي .

والحديث المشار إليه في الصحيحين أنه عليه السلام قال : «لا تحل لقطتها إلا لمنشد»^(٣) يعني : على الدوام ، وإلا فلا فائدة لتخصيصه ، قاله الباجي^(٤) ، وحفظ هؤلاء للمذهب معلوم ، غير أن ابن القصار حكى عن المذهب كما حكى المصنف ، وأيا ما كان فموافقة الحديث واجب لصحته ، وهو خاص وغيره من أحاديث هذا الباب عام .
خليل : وفيما حكاه اللخمي نظر ؛ لأن الذي فيه بعد ذكر نقل ابن القصار : ومذهب الشافعي أبين للحديث وللقياس وليس في هذا الاختيار مذهب الغير فاعلمه .
وقوله : (أَوْ يُبْقِيهَا أَمَانَةً) هو معطوف على أول المسألة وهو قوله : (وله أن يملكها بعد أو يتصدق بها) .

وَأَمَّا النَّافَهُ فَلَا يَعْرِفُ

يعني : أن التعريف بالسنة يختص بالكثير ، وأما القليل الذي لا يفسد فإن كان تافهاً لا قدر له بحيث يعلم أن صاحبه في العادة لا يتبعه لقلته فلا يعرف أصلاً .
قال في «البيان»^(٥) : [كالعصا]^(٦) والسوط وشبه ذلك لما صح من حديث أنس رضي الله عنه أنه عليه السلام مر بثمره بالطريق فقال : «لولا أنني أخاف أن تكون من الصدقة لأكلتها»^(٧) .

(١) «الاستذكار» (٧/٢٤٥) .

(٢) تقدم تخريجه .

(٣) أخرجه البخاري (١١٢) ومسلم (١٣٥٥) من حديث أبي هريرة - رضي الله عنه .

(٤) «المنتقى» (٨/٥٦) .

(٥) «البيان والتحصيل» (١٥/٣٥٠) .

(٦) في ط : كالعط .

(٧) أخرجه البخاري (٢٢٩٩) ومسلم (١٠٧١) .

وقال المصنف : لا يعرف ؛ لأنه يؤخذ منه أنه لا ضمان عليه ، ولم يقل فله أكله لأنه لا يلزم من الأكل نفي الضمان .

وَأَمَّا مَا فَوْقَهُ مِنْ نَحْوِ مِخْلَاةٍ وَدَلْوٍ فَقِيلَ : يُعْرَفُ أَيَّامَ مَطْنَةِ طَلْبِهِ ، وَقِيلَ : سَنَةٌ كَالكَثِيرِ.....

(فَوْقَهُ) أي : فوق التافه ودون الكثير مما يشح به صاحبه ويطلبه .

ابن رشد : ولا خلاف في وجوب تعريفه ، إلا أنه يختلف في حده فقيل : سنة كالذي له بال وهو ظاهر رواية ابن القاسم في «المدونة» ، وقيل : لا يبلغ به الحول وهو قول ابن القاسم من رأيه في «المدونة» .

وروى عيسى عن ابن وهب في «العتبية»^(١) في مثل الدرهمات والدينار أنه يعرف بذلك أياماً ، وقال : ظاهر رواية ابن القاسم لقوله : من التقط دنانير أو دراهم أو حليا مصوغاً أو عروضاً أو شيئاً من متاع أهل الإسلام فليعرفه سنة وإن جاء صاحبها ، وإلا لم أمره بأكلها كثر أو قلت درهماً فصاعداً .

ابن عبد السلام : وتأوله بعضهم على القول الأول من كلام المصنف وهو الذي عليه الأكثر من أهل المذهب وغيرهم .

وَأَمَّا مَا يَفْسُدُ كَالطَّعَامِ فَإِنْ كَانَ فِي قَرْيَةٍ أَوْ فِي رُقْفَةٍ فِيهِ قِيَمَةٌ فَثَالِثُهَا : يَضْمَنُ إِنْ أَكَلَهُ وَلَا يَضْمَنُ إِنْ تَصَدَّقَ بِهَا ، وَإِلَّا أَكَلَهُ بِغَيْرِ شَيْءٍ

يعني : إن التقط ما يفسد بالتأخير كالفاكهة واللحم ، فإن كان هذا الطعام في قرية أو رفقته له فيه قيمة فثلاثة أقوال :

الأول: يضمونها سواء أكله أو تصدق به وهو ظاهر قول أشهب لأنه قال : يبيعه ويعرف به .

الثاني : لا ضمان عليه مطلقاً قاله صاحب «المقدمات» وغيره وهو ظاهر «المدونة»^(٢) لقوله : يتصدق به أعجب إلي فإن أكله فلا شيء عليه .

والثالث : يضمن إن أكله لانتفاعه به ولا يضمنه إن تصدق به قاله مطرف في

(١) « البيان والتحصيل » (١٥/٣٧٣) .

(٢) « المدونة » (١٥/١٧٥) .

«الواضحة» ، وإن لم يكن في قرية ولا رفقّة - وإليه أشار بقوله : (وإلا أكله غنياً كان أو فقيراً ولا ضمان عليه) قياساً على الشاة .

وَالشَّاةُ بِمَكَانٍ يُخْشَى عَلَيْهَا وَيَعْسُرُ حَمْلُهَا كَذَلِكَ

أي : الشاة كالطعام في التفصيل ، والخلاف بشرطين :

أولهما : أن تكون بمكان يخشى عليها كالفلوات بخلاف ما إذا كانت بقرية أو بالقرب منها فإنها تعرف في أقرب القرى إليها ، قاله في «المدونة»^(١) .

وثانيهما : أن يعسر حملها إلى العمارة لقوله عليه السلام : «هي لك أو لأخيك أو للذئب»^(٢) وعلى هذا فحكم الشاة والطعام متفق إذا وجد بالبعد مختلف إذا وجد بالقرب من العمارة إذ بها تعرف الشاة ، وتقدم أن ظاهر «المدونة» نفي الضمان .

وقال سحنون : إن أكل الشاة واجدها بالفلاة أو تصدق بها ثم جاء صاحبها ضمنها ، واختاره ابن عبد البر^(٣) واستدل بقول مالك فيمن اضطر إلى طعام غيره أنه يأكله ويضمنه ، وقال : والشاة الملتقطة أولى بذلك .

وإذا فرعنا على المشهور فلو ذبحها بالفلاة ثم أتى بلحمها أكله غنياً كان أو فقيراً .

أصبح : ويصير لحمها وجلدها مالاً من ماله ولا ضمان عليه في ذلك إلا أن يجده صاحبه بيديه فيكون أحق به ، وإن أتى بالشاة من الفلاة إلى العمارة فلها حكم اللقطة يعرفها وإن أتى ربها أخذها .

اللخمي : يريد ويعطيه أجر نقله ، قال في «المدونة»^(٤) : ويغرم ما أنفق عليها وعلى الفقر والقياس أن لا شيء له في الشاة وإن كانت حية لأنه نقلها بعد أن ساغ له تملكها ولولا ذلك لم ينقلها .

ووقع في «العتيبة» فيمن قدم بالطعام والإدام إلى العمران أنه يضمنه .

ابن يونس : فعلى هذا يضمن اللحم إن أكله خلافاً لأصبح .

(١) «المدونة» (١٧٥/١٥) .

(٢) تقدم تخريجه .

(٣) «الكافي» (ص / ٤٢٦) .

(٤) «المدونة» (١٧٥/١٥) .

وَأَمَّا مَنَافِعُهَا وَغَلَاتُهَا وَحَلَابُهَا فَقَالَ مَالِكٌ: لَهُ الْحَلَابُ وَلَا يَتَّبَعُ إِلَّا بِهَا وَبِنَسْلِهَا،
وَقِيلَ: إِلَّا أَنْ يَكُونَ لَهُ ثَمَنٌ....

هكذا في بعض النسخ وسقط من بعضها أو غلاتها ، وعلى النسختين فعطف الحلاب
من باب عطف الخاص على العام .

وما نسبة لمالك رواه عنه ابن نافع في الرجل يكون في غنمه وباديته فيجد شاة بفلاة من
الأرض فله حلابها ولا يتبع إن جاء ربها إلا بها وينسلها ، قال : ويحبسها سنة فإن ذبحها
قبل السنة ضمنها لربها إلا أن يخاف فوتها فيذبحها فلا شيء عليه إلا أن يقدر على بيع
لحمها .

والقول الثاني لمطرف قال : أما اللبن والزبد فإما بموضع يكون لذلك ثمن فليبع ويصنع
بثمنه ما يصنع بثمن لبنها ، وإن كان لربها قيام وعلوفة فله أن يأكل منها بقدر ذلك ، وإما
بموضع لا ثمن له فليأكله .

مطرف : وأما الصوف والسمن فليتصدق به أو بثمنه .

وَلَهُ أَنْ يُكْرِيَ الْبَقْرَ وَغَيْرَهَا فِي عُلُوقِهَا كِرَاءً مَأْمُونًا ، وَلَهُ أَنْ يَرْكَبَ الدَّابَّةَ إِلَى مَوْضِعِهِ ،
ثُمَّ إِنْ رَكِبَهَا بَعْدُ ضَمَنَهَا ...

هكذا روى ابن حبيب عن مطرف وأصيح ، وكان له أن يكري لأن علفها غير واجب ،
عليه وبقاؤها كذلك يضر بها وكان من المصلحة كراؤها ، ولهذا لا يكرها إلا بقدر ما يدفع
به الضرورة لا أزيد ، ويشترط أن يكون ما تكرر فيه من العمل مأموماً وكان له أن يركبها
لموضعه ، لأن قوده يعسر وضمن إذا ركبها بعد ذلك لتعديه .

وَلَهُ بَيْعُ مَا يَخَافُ ضَيْعَتَهُ بِغَيْرِ إِذْنِ الْحَاكِمِ بِخِلَافِ مَا لَا مُؤَنَةَ فِي بَقَائِهِ

قوله : (بِخِلَافِ) يحتمل وجهين :

أولهما : فليس له بيعه مطلقاً .

ثانيهما : فله البيع بإذن الحاكم .

ففيه احتمال ، على أن ما ذكره المصنف لا يوجب قولاً مستقلاً بل بالتلفيق لأن مذهب
ابن القاسم في «المدونة» أن اللقطة إذا بيعت بعد السنة فليس لربها إذا جاء أن يفسخ البيع

ولو بيعت بغير إذن الإمام ، ولربها أخذ الثمن ممن قبضه ، ولم يفصل مذهب أشهب في «العتبية» إن باعها بغير أمر السلطان بعد السنة فلربها نقض البيع ، والآن لم يقدر فلا شيء له إلا الثمن إن باعها خوفاً من الضيعة .

وإن باع الثياب وما لا مؤنة في بقائه ولا ضرورة له إلى ذلك فربه أحق به إن وجده بيد المتباع ، فإن لم يجده فله إن شاء الثمن من البائع أو القيمة يوم بيعه ، قال : وكل ما بيع من هذا بأمر السلطان مضى البيع وليس لربه إلا الثمن ، فذكر المصنف حكم ما يخاف عليه الضيعة على مذهب ابن القاسم وما لا يخاف عليه على مذهب أشهب ، وليس بسديد .

وَلَيْسَ لِحَبْسِهِ إِيَّاهَا حَدٌّ إِلَّا عَلَى اجْتِهَادِهِ

أي : لحبس اللقطة إن كانت تحتاج نفقةً حد بل ذلك على قدر الاجتهاد وصبره على ذلك ، وهكذا قال مطرف وأصبغ في «الواضحة» ، وظاهره قبل السنة وبعدها ، وليس لحبسه بعد السنة حد .

وَرَبُّهَا مُخِيرٌ بَيْنَ غُرْمِ النَّفَقَةِ وَإِسْلَامِهَا فِيهِ فَيَكُونُ كَالْبَيْعِ

يعني : أن ربها ليس له أخذها بغير شيء وإنما هو مخير بين أخذها ودفع نفقتها وبين إسلامها ولا يكون عليه شيء ، وهكذا في «المدونة»^(١) وغيرها .

أشهب : وإن أسلمها ثم بدا له أن يطلبها فليس له ذلك ، وهذا معنى قوله : (فَيَكُونُ كَالْبَيْعِ) أي فليس له الرجوع ، قال في «المدونة»^(٢) : والملتقط أحق بالنفقة من الغرماء كالرهن .

وَيَجِبُ رُدُّهَا بِالْبَيِّنَةِ أَوْ بِالْإِخْبَارِ بِصِفَتِهَا مِنْ نَحْوِ عِفَاصِهَا وَوَكَايَتِهَا وَهَمَّا الْمَشْدُودُ فِيهِ

وبه...

أما ردها ببينة فلا خلاف فيه ، ويجب أيضاً ردها عندنا بالإخبار بصفتها من نحو العفاص والوكاء للحديث المتقدم ، ثم فسرهما بقوله : (وَهَمَّا الْمَشْدُودُ فِيهِ وَبِهِ) فالأول للأول والثاني للثاني ، وهذا هو المعلوم في اللغة وعليه أكثر الفقهاء ، بل نقل صاحب

(١) «المدونة» (١٧٦/١٥) .

(٢) «المدونة» (١٧٦/١٥) .

«الاستذكار»^(١) الإجماع عليه، ونقل الباجي^(٢) عن أشهب عكسه ، والوكاء ممدود وقيل: مقصور، قيل: وهو غلط .

وأشار بقوله: ودفع الثياب بالصفة نحو عفاصها إلى أن ما لا عفاص له ولا وكاء من اللقطة يدفع بالإخبار بصفتها الخالصة المحصلة للعلم .

اللخمي: واختلف في دواب هل تدفع بالصفة أو لا بد من البينة ، ودفع الثياب بالصفة أبين لأن الصفة فيها كالعفاص والوكاء في العين .

وَفِي اعْتِبَارِ عَدَدِ الدَّنَائِرِ وَالدَّرَاهِمِ قَوْلَانِ

القول باعتبارها لابن القاسم وأشهب ، والآخر لأصبع وعلله بأن ذكر العدد في حديث أبي وأضرب عنه في حديث زيد بن خالد ، والأول أظهر لأن المختار زيادة قبول العدل .

وَفِي إلْزَامِهِ الِئْمِينِ مَعَ الصِّفَةِ قَوْلَانِ

المشهور سقوطها خلافاً لأشهب واستقرأ من «المدونة» مثل قوله ، والأول أظهر لأن الئمين لم يرد في الحديث ، واستحسن اللخمي أن يحلف ، فإن نكل دفعت إليه .

وَبِحُجْرَتِ بَعْضِ الصِّفَاتِ الْمُغْلَبَةِ لِلظَّنِّ عَلَى الْأَصَحِّ ، وَيُسْتَأْنَى فِي الْوَاحِدَةِ

أي: يكتفى ببعض الصفات اثنتين فصاعداً ، يدل على ذلك قوله بعد ويستأنى في الواحدة والأصح لأشهب ، قال: إن عرف وصفين ولم يعرف الثالث دفعت إليه ، ومقابله لابن عبد الحكم قال: أصاب تسعة أعشار الصفة لم يعطها إلا بمعنى واحد أن يذكر عدداً فيصاب أقل منه لاحتمال أن يكون قد اغتيل فيه ، وما ذكره المصنف في الصفة الواحدة نحوه لأصبع قال: فإن عرف العفاص وحده فليستأن فإن جاء أحد وإلا أعطى .

الباجي^(٣): ولا يبعد أن يكون ابن عبد الحكم يوافق أصبع لأنه إنما امتنع من دفعها إليه إذ أخطأ بأن وصف شيئاً بغير صفته فيكون ابن عبد الحكم على ما إذا أخطأ وأصبع على ما إذا جهل ، الباجي: وقد اختلف على هذا قول أصبع فقال: إن قال في خرقة حمراء وخيط أصفر فوجدت الخرقة حمراء والخيط أسود يستبرأ أمره ، ثم رجع فقال: هذا أكذب نفسه بادعائه المعرفة فلا يصدق وإنما يصدق لو أصاب في بعض وادعى الجهل في بعض .

(١) «الاستذكار» (٧/٢٥٠) .

(٢) «المنتقى» (٨/٥٧) .

(٣) «المنتقى» (٨/٥٧) .

وفي «المقدمات»^(١) : إن وصف مدعي اللقطة بعض اللقطة وجهل بعضها أو غلط فيه ففي ذلك اختلاف وتفصيل ؛ فأما جهله [بالعدد]^(٢) فلا يضره ، إذا عرف العفاص والوكاء [وكذلك غلظه فيه بالزيادة لا يضره لجواز أن يكون قد اغتيل في شيء منها ، واختلف في غلظه فيه بالنقصان إذا عرف العفاص والوكاء]^(٣) فاختلف فيه على قولين ، وكذلك اختلف أيضاً إذا جهل صفة الدنانير وعرف العفاص والوكاء ، وإذا غلط في صفة الدنانير فلا أعلم خلافاً أنه لا شيء له ، وأما العفاص والوكاء إذا وصف أحدهما وجهل الآخر أو غلط فيه ففي ذلك ثلاثة أقوال .

أحدها : لا شيء له إلا بمعرفتهما جميعاً .

والثاني : يستبرأ أمره فإن لم يأت أحد بآثبات مما أتى به دفعت .

والثالث : أنه إن ادعى الجهالة استبرأ أمره وإن غلط لم يكن له شيء ، وهو أعدل الأقوال عندي .

واختلف في الاعتماد على السكة وحدها ، فقال سحنون : لا يستحقها بذلك حتى يذكر علامة غيرها ، وقال يحيى بن عمر : لا يتبين لي قول سحنون ، وأراد إذا وصف السكة وذكر بعض الدنانير إن كان فيها نقص فأصابه أن يأخذها .

اللخمي : يريد يحيى بن عمر إذا كانت دنانير البلد سككاً فإن كانت سكة واحدة لم تدفع إليه اتفاقاً .

وأشار الباجي إلى أنه ينبغي أن يكون قول سحنون مقيداً بما إذا ذكر سكة البلد ، وأما لو ذكر سكة شاذة ليست منهما فينبغي أن تدفع إليه .

وَلَوْ وَصَفَهَا اثْنَانِ بِمَا يَأْخُذُهَا بِهِ الْمُتَّفَرِّدُ تَحَالَفًا وَقُسِمَتْ بَيْنَهُمَا كَمَا لَوْ حَلَفَا ، وَإِنْ نَكَلَ أَحَدُهُمَا أَخَذَهَا الْحَافُ

هذا بين إذا وصف كل منهما ما وصفه الآخر ، وأما لو اختلفا فعرف أحدهما العفاص والوكاء والآخر العدد والوزن فهي لمن عرف العفاص والوكاء ، قال : واستحسن أن تقسم

(١) «المقدمات» (٢/١٣٨) .

(٢) في ط : بالقدر .

(٣) سقط من ط .

بينهما فإن نكل أحدهما وحلف الآخر فهي للحالف ، وإن نكلا فقال أشهب : لا تدفع إليهما ؛ واختار اللخمي أن تقسم بينهما كما لو حلفا ، ونقله في «البيان»^(١) عن ابن حبيب .

وَلَوْ دَفَعَهَا بِصِفَةٍ أَوْ بَيِّنَةٍ ثُمَّ وَصَفَهَا ثَانٍ أَوْ أَقَامَ بَيِّنَةً فَلَا شَيْءَ عَلَى الْمُتَلَقِّطِ ، وَقَالَ ابْنُ الْمَاجِشُونِ : إِنْ لَمْ يُشْهَدْ بِالْقَبْضِ عَلَى الْوَأَصْفِ ضَمِنَ

فلا شيء على المتلقط ؛ هو مذهب ابن القاسم وأشهب ، ووجهه أنه فعل ما أمر به في الحديث سواء دفعها بصفة أو بيينة بصفة أو غيرها .

أشهب : وإذا أقام الثاني البينة وكان الأول أخذها بالوصف أخذها الثاني من الأول ، وقال ابن الماجشون : إن دفعها للأول بصفة وأقام الثاني البينة ضمن المتلقط - إذا قال : دفعتها لمن لا أعرفه - ولم يشهد لتفريطه ، هكذا نقل قول ابن الماجشون جماعة ، ونقص المصنف منه وقال : ودفعتها لمن لا أعرفه .

وساق صاحب «الجواهر»^(٢) قول ابن الماجشون على أنه خلاف وهو ظاهر كلام ابن يونس .

ابن عبد السلام : والظاهر أنه خلافه ويحتمل الموافقة .

فإن قيل : ما قاله ابن الماجشون هنا بخلاف أصله في الوكيل المخصوص أن القول قوله في الدفع بغير بيينة .

قيل : لم يأذن له مالك اللقطة وإنما الإذن عموماً من جهة الحكم ، وأيضاً فلأن الدافع قال : دفعتها لمن لا أعرفه ولو كان الوكيل مثل لضمن ، والله أعلم .

أشهب : وإن دفعها للأول ببيينة ثم أقام الثاني أيضاً بيينة فهي لأولهما إذا كانت بتاريخ ، فإن لم يكن تاريخاً فهي لأعدلتهما بيينة ، فإن تكافأ كانت لمن هي في يده وهو الأول بعد يمينه أنها له ما لم يعلم لصاحبه فيها حقاً ، فإن نكل حلف الثاني وأخذها فإن نكل فهي الأول بلا يمين .

ابن يونس : ويحتمل على أصل ابن القاسم أن تقسم بينهما وإن حازها الأول لأنه قال :

(١) «البيان والتحصيل» (١٥/٣٧٧) .

(٢) «الجواهر» (٣/١١٧) .

قد عرف أصله كقوله فيمن عرف رجلاً مولى يدعيه وأقام على ذلك بينة وأقام الآخر بينة أنه مولاه وتكافأت فالمال يقسم بينهما لأنه مال قد عرف أصله ، قال غيره : لمن هو في يده ؛ وهو نحو قول أشهب هنا ، وكذلك الحكم لو أخذ الأول بالصفة فأتى آخر بحضرة دفعها وتحقق أنه لم يسمع صفة الأول لانبغي أن تكون للأول على قول أشهب هنا ، ويقسم بينهما على قول ابن القاسم ، وأما لو دفعت للأول ثم أتى الثاني بعد حين وصفها فلا خلاف أنها للأول لاحتمال أن يكون الثاني سمع صفة الإمام .

وَلصَّاحِبَهَا أَخْذَهَا بَعْدَ السَّنَةِ حَيْثُ وَجَدَهَا

(بَعْدَ السَّنَةِ) يُؤْخَذُ مِنْهُ أَنَّ الْحُكْمَ كَذَلِكَ قَبْلَ السَّنَةِ مِنْ بَابِ أَوْلَى ؛ لِأَنَّهُ إِذَا كَانَ أَخْذَهَا حَيْثُ يَكُونُ لِلْمَلْتَقَطِ شَبْهَةً كَانَ لَهُ حَيْثُ لَا يَكُونُ لَهُ شَبْهَةٌ أَوْلَى ، وَلَمَّا كَانَ هَذَا الْاِسْتِزْمَامُ ظَاهِرًا فِي قُوَّةِ النَّظَرِ وَحَسَنٍ مِنَ الْمَصْنَفِ أَنْ يَقُولَ أَيْضًا .

وقوله : (حَيْثُ وَجَدَهَا) أَي : سِوَاهَا وَجَدَهَا بِيَدِ الْمَلْتَقَطِ أَوْ بِيَدِ الْمُبْتَاعِ مِنْهُ ، سِوَاءِ نَوَى الْمَلْتَقَطِ تَمْلِكُهَا أَوْ لَا تَصَدُقَ عَلَى نَفْسِهِ أَوْ عَنْ رَبِّهَا .

فَإِنْ وَجَدَهَا بِيَدِ الْمُبْتَاعِ مِنَ الْمَلْتَقَطِ لَا الْمَسَاكِينَ بَعْدَ السَّنَةِ فَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ : يَأْخُذُ الثَّمَنَ لَا غَيْرَ ، وَقَالَ أَشْهَبُ : إِنْ بَاعَ بِإِذْنِ الْحَاكِمِ

يعني : فَإِنْ وَجَدَهَا بِيَدِ الْمُشْتَرِي لَهَا مِنَ الْمَلْتَقَطِ بَعْدَ السَّنَةِ فَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ : الْبَيْعُ مَاضٍ وَلَا يَأْخُذُهَا وَإِنْ بِيَعْتَ بِغَيْرِ أَمْرِ الْحَاكِمِ .

وقال أشهب : كذلك إن باعها بإذن الإمام وإلا فله نقض البيع ، وإن لم يقدر عليها فلا شيء له غير الثمن إن باعها خوفاً من الضيعة ، وأما إن باع الثياب ولا مؤنة في بقائه ولا ضرورة بدا لي ذلك فربها أحق بها إن وجدها بيد المبتاع ، وأما إن لم يجدها فله إن شاء الثمن من البائع أو القيمة يوم بيعها ، هذا نص قوله ، والمصنف نقص منه فوائد كما ترى .

وقوله : (لَا الْمَسَاكِينَ) يَحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ التَّقْدِيرُ لَا بِيَدِ الْمُبْتَاعِ مِنَ الْمَسَاكِينَ ، وَهَكَذَا قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ فَإِنَّهُ قَالَ : وَإِنْ وَجَدْتَ بِيَدِ مَنْ ابْتَاعَهَا مِنَ الْمَسَاكِينَ فَلَهُ أَخْذُهَا مِنْهُ ثُمَّ يَرْجِعُ الْمُبْتَاعُ عَلَى مَنْ تَصَدَّقَ بِهَا عَلَيْهِمْ ، وَقَالَ غَيْرُهُ : يَرْجِعُ بِالْأَقْلَ مِنَ الثَّمَنِ الَّذِي دَفَعَ لِلْمَسَاكِينَ أَوْ مِنْ قِيمَتِهَا يَوْمَ تَصَدَّقَ بِهَا .

ابن يونس : مفرعاً على قول ابن القاسم : وإن أخذها من المبتاع من المساكين رجع المبتاع بالثمن على المساكين إن كان له بأيديهم كما يأخذ منهم عينها وإن أكلوه فأولى أن يرجع على الملتقط الذي سلطهم عليها كما لو أكلوها ، وينبغي أن يرجع عليه بالأقل من ثمنها أو قيمتها يوم الصدقة بها ويرجع بتمام ثمنها على المساكين لأنهم البائعون منه .

والفرق بين بيع الملتقط والمساكين أن الملتقط جعل له الشارع التصرف بقوله «فشأنك بها»^(١) ولأنه يبيعه خوفاً من الضياع ، والمساكين إنما يأخذونها على أنها ملك فللمستحق نقض بيعهم كنقض بيع المشتري في الاستحقاق .

وهذه المسألة على قول ابن القاسم مخصصة لقوله أولاً لصاحبها أخذها بعد السنة حيث وجدها ، ويحتمل أن يكون في كلامه أولاً حذف معطوف دلت عليه هذه الصورة تقديره وله أخذها أو أخذ ثمنها ، ويحتمل أن يكون أطلق أخذها على المعنى الحقيقي - وهو أخذ عينها - وعلى المجاز - وهو أخذ ثمنها - وهو المختار عنده في كتاب الأصول أن ذلك جائز بطريق المجاز .

فَإِنْ تَلَفَتْ بَعْدَ تَمَلُّكِهَا أَوْ تَصَدَّقَهَا فَعَلَيْهِ قِيمَتُهَا يَوْمَ ذَلِكَ أَوْ مِثْلُهَا

يعني : بأن أتى ربها بعد أن تلفت كلها وبعد أن تملكها أو تصدق بها فعليه قيمتها إن كانت مقومة أو مثلها إن كانت مثلية يوم ذلك أي يوم التملك أو يوم التصدق ، وضمانه في التملك صحيح على القول بتأثير النية مع بقاء اليد ، وأما التصدق فهو تصرف بالفعل ، قال في «المدونة»^(٢) : لربها أخذها من المساكين إن كانت قائمة بأيديهم ، وإن أكلوها فليس له تضمينهم إن شاء .

فَإِنْ وَجَدَهَا نَاقِصَةً بَعْدَهُمَا خَيْرٌ : أَخَذَهَا نَاقِصَةً أَوْ قِيمَتَهَا مِنَ الْمُلْتَقَطِ

فلما فرغ من الكلام على الأولين تكلم على الثالث .

وقوله : (بَعْدَهُمَا) أي بعد التملك والتصديق ، وحكى في «البيان»^(٣) في هذه المسألة إذا نقصها بالاستعمال ثلاثة أقوال :

(١) تقدم تخريجه .

(٢) «تهذيب المدونة» (٤٣٩/٣) .

(٣) «البيان والتحصيل» (٣٥٠/١٥) .

أولها : كما ذكر المصنف .

ثانيها : أنه بالخيار بين أن يضمه قيمتها أو يأخذها وقيمة ما نقصها .

وَلِلْمُلْتَقِطِ الرَّجُوعُ عَلَى الْمَسَاكِينِ فِي عَيْنِهَا إِنْ أَخَذَ مِنْهُ قِيمَتَهَا إِلَّا أَنْ يَكُونَ تَصَدَّقَ عَنْ

نَفْسِهِ...

يعني : فإن اختار مالك اللقطة في المسألة المتقدمة أخذ القيمة من الملتقط لأجل ما دخلها

من النقص ، وإن كان تصدق بها فللملتقط أن يرجع على المساكين فيما بقي من عينها إن كان تصدق بها عن نفسه فليس له أن يأخذ ما بقي .

وَأِنْ كَانَتْ قَائِمَةٌ بِأَيْدِيهِمْ فَلَيْسَ لِرَبِّهَا سِوَاهَا

أي : قائمة بيد الفقراء ولم يدخلها نقص فليس لربها غيرها سواء تصدق بها عن نفسه

أم لا ، أي ليس لصاحبها أن يضمه قيمته إن شاء .

وَإِذَا كَانَ الْمُلتَقِطُ عَبْدًا فَمَا وَجَبَ بِالتَّعَدِّيِّ فِي رِقَبَتِهِ كَالْجَنَائَةِ ، وَبِغَيْرِهَا فِي ذِمَّتِهِ

لما قدم أن للملتقط التصرف فيما بعد السنة لا قبلها علم أن بيعها بعد السنة لا يكون

تعدياً وأن قبلها تعدياً ، فلذلك إذا استهلك العبد الملتقط قبل السنة تعلقت برقبته لتعديه ،

وإذا استهلكها بعد السنة لا تتعلق إلا بذمته كالحر .

كتاب اللقيط

اللَّقِيطُ : طِفْلٌ ضَائِعٌ لَا كَافِلَ لَهُ

(اللَّقِيطُ) فعيل بمعنى مفعول ، وقوله : (طِفْلٌ) أراد الجنس ، فيشمل الذكر والأنثى ، وإلا فاللقيط إنما هو الذكر .

ابن سيده : وأما الأنثى فلقيطة ، وكلامه ظاهر .

والمنبوذ مرادف للقيط على مقتضى كلام الجوهري^(١) والمتقدمين من أصحابنا .

عياض في «المشارق» : وقيل : المنبوذ ما طرح صغيراً أول ما ولد ، واللقيط ما التقط صغيراً ، والشرائد في الخلاء وشبه ذلك ، وقيل : اللقيط إذا أخذ ، والمنبوذ ما طرح - مطروحاً - ولا يسمى لقيطاً إلا بعد أخذه .

وَالْإلتِقَاطُ فَرَضٌ كِفَايَةٌ

لأن حفظ النفوس واجب ، وكان على الكفاية لأن المعنى المقصود يحصل بواحد ، وذلك فرض الكفاية .

وَيَبْنِي الإِشْهَادُ

أي : ظاهره الاستحباب ، وقال ابن عبد السلام : ظاهره الوجوب خوف الاستغراق ، انتهى .

وَلَيْسَ لَهُ رُدُّهُ بَعْدَ أَخْذِهِ

هكذا مالک في «المدونة»^(٢) ؛ لأن فرض الكفاية يتعين بالشروع فيه كالنافلة .

وَقَالَ أَشْهَبُ : إِلا أَنْ يَكُونَ أَخْذُهُ ليرْفَعَهُ إِلَى الْحَاكِمِ فَلَمْ يَقْبَلْهُ ، قَالَ الْبَاجِيُّ : يَعْنِي إِنْ كَانَ مَوْضِعاً مَطْرُوقاً وَيُوقِنُ أَنْ غَيْرَهُ يَأْخُذُهُ

يعني : وقال أشهب : ليس له رده إلا أن يكون أخذه ليرفعه للحاكم ولم يقصد تربيته ، ولم يقبله الإمام لأنه لم يلزم تربيته ، وتقيد الباجي ظاهر لأنه إذا لم يكن الموضع مطروحاً

(١) «الصحاح» (١٤٦/٢) .

(٢) «المدونة» (٣٩٦/١١) .

فلا يرده لأنه يعرض للتلف غالباً .

وَلَيْسَ لِلْعَبْدِ وَالْمُكَاتَبِ الْاِلْتِقَاطُ إِلَّا بِإِذْنِ السَّيِّدِ

لأنه يشتغل بتربيته ونفقته عن سيده ، ومراده بالعبد الغني ومن فيه شائبة من الرق ، وإنما نص على المكاتب لأنه قد يتوهم لما أحرز نفسه وماله أن له ذلك ، ووَجَّهَ أنه ليس له ذلك فإن اللقيط يحتاج إلى حضانة والحضانة تبرع وليس من أهله .

وَوَلَاؤُهُ لِلْمُسْلِمِينَ

قال مالك في «الموطأ»^(١): الأمر عندنا في المنبوذ أنه حر وولاؤه لجميع المسلمين يرثونه ويعقلون عنه ، لكن في «الموطأ» عن عمر رضي الله عنه أن قال للملتقط طفلاً : اذهب فهو حر ولك وولاؤه وعلينا نفقته .

وَيَنْزَعُ اللَّقِيطُ الْمَحْكُومُ بِإِسْلَامِهِ مِنَ الدَّمِيِّ

خشية أن يريه على دينه أو يطول الزمان فيسترقه ، قاله مطرف وأصبع ، ولو لم يفتن إلى ذلك حتى كبر الصبي أو الصبية على دين ملتقطه لم يلتفت إلى ذلك وحكم بإسلامه وإلا فهو مرتد ، هذا ظاهر كلامهم ، انتهى ، لأنه قد سئل سحنون عن نصرانية التقت صبية فربتها حتى بلغت على دينها ، قال : إن ثبت أنها لقطه فتردها إلى الإسلام وهي حرة ، واحترز بقوله : (المحكوم بإسلامه) مما لا يحكم بإسلامه ، وسيأتي تفصيل ذلك .

وَإِذَا أزدَحَمَ اثْنَانِ فَالسَّابِقُ ثُمَّ الْأَوْلَى وَإِلَّا فَالْقُرْعَةُ

أي : وإن كان الآخر أولى فالسابق أحق لسبقيته ، وهو مقيد بما إذا لم يؤد إلى ضياعه عند الأول .

أشهب : إن كانا سواء أو متقاربين فالأول أحق به ، فإن خيف أن يضيع عند الأولى فالثاني أحق به إلا أن يكون طال مكثه عند الأول وليس اللقط من ضرر فالأول أحق به .

وقوله : (ثُمَّ الْأَوْلَى) يعني : إن تساويا في السبقية فالأقوى في الحضانة أحق به ، وإن تساويا في الكفالة فالقرعة .

وَعَلَى الْمُلتَقِطِ حَضَانَتُهُ

لأنه التزمها بالتقاطه .

(١) «الموطأ» (٢/٧٣٨) .

وَأَمَّا نَفَقَتُهُ فَمَنْ مَّا لَهُ مِنْ وَثْفٍ أَوْ هَبَةٍ أَوْ وَصِيَّةٍ أَوْ شَيْءٍ كَانَ تَحْتَهُ أَوْ مَلْفُوفًا مِمَّا يَظْهَرُ أَنَّهُ وُضِعَ لَهُ وَإِلَّا فَفِي بَيْتِ الْمَالِ فَإِنْ تَعَدَّرَ فَعَلَى الْمُلْتَقَطِ حَتَّى يَبْلُغَ أَوْ يَسْتَغْنِي

قوله : (فَمَنْ مَّا لَهُ) هو بفتح اللام ، وقوله : (مَنْ وَثْفٍ... إلخ) بيان ذلك ، وقوله : (أَوْ شَيْءٍ... إلخ) سواء كان فرشاً أو دراهم أو دنانير ، وهو ظاهر .

ابن شاس^(١) : وأما المدفون في الأرض تحته فليس هو معه إلا أن توجد معه رقعة مكتوبة أنه له .

ابن شعبان : وما وجد قريباً منه من مال أو دابة فهي ضالة أو لقطه ، فإن لم يكن له شيء مما ذكر ولم يتبرع أحد بإنفاق عليه أعطي له من بيت المال شيء ، وهو معنى قوله : (وَإِلَّا فَفِي بَيْتِ الْمَالِ) لأنه فقير من فقراء المسلمين .

قوله : (فَإِنْ تَعَدَّرَ) فلمالك في «الموازية» : نفقته على ملتقطه حتى يبلغ ويستغني .

هكذا نقل الباجي وغيره هذه الرواية بالواو خلاف قول المصنف ويستغني ، ووجبت النفقة على الملتقط ؛ إما لأن العادة التزامها ، أو لأنه أولى الناس به .

فَإِنْ ثَبِتَ أَنَّ لَهُ أَبًا بِالْبَيْتَةِ طَرَحَهُ عَمْدًا لَزِمَتْهُ إِلَّا أَنْ يَكُونَ أَنْفَقَ حِسْبَةَ فَلَا رُجُوعَ ، فَإِنْ أَشْكَلَ فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُنْفِقِ

قوله : (ثَبِتَ أَنَّ لَهُ) أي : اللقيط ، (بِالْبَيْتَةِ) لا مفهوم له ؛ لأنه لو أقر أنه ولده كان كذلك ، وإنما تشترط البينة أو ما يقوم مقامها في التصديق في الاستلحاق كما سيأتي ، وقوله : (طَرَحَهُ عَمْدًا) هكذا في تضمين الصناع من «المدونة»^(٢) لأنه قال : إن تعمد طرحه وهو ملي رجح عليه بما أنفق ، وإن لم يطرحه فلا شيء عليه ، ووجهه أنه إذا لم يطرحه الأب فالنفقة حينئذ ساقطة لأنه لا يمكنه توصيله إلى الولد .

وقوله : (إِلَّا أَنْ يَكُونَ أَنْفَقَ حِسْبَةَ) هو استثناء من قوله : (لَزِمَتْهُ) أي : ألا تلزمه النفقة إلا أن يكون الملتقط أنفق حسبة ؛ أي تطوعاً لله تعالى ، وروى أشهب أنه لا شيء على الأب بحال لأنه أنفق تطوعاً .

وقوله : (فَإِنْ أَشْكَلَ) أي : لم يقدّم دليل على أنه أنفق عليه حسبة أو على الرجوع (فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُنْفِقِ) أي : الملتقط - مع يمينه أنه ما أنفق إلا ليرجع ، قاله ابن شاس^(٣) .

(١) «الجواهر» (٣/١٢٠) .

(٢) «المدونة» (١١/٣٨٩) .

(٣) «الجواهر» (٣/١٢٠) .

وَيُحَكِّمُ بِإِسْلَامِ اللَّقِيطِ مِنْ قُرَى الْمُسْلِمِينَ وَمَوَاضِعِهِمْ، فَإِنْ كَانَ فِي قُرَى الْمُشْرِكِينَ
فَمُشْرِكٌ، وَقَالَ أَشْهَبُ: إِلَّا أَنْ يَلْتَقِطَهُ مُسْلِمٌ....

الأول مذهب «المدونة» ونص عليه في تضمين الصناع ، ووجهه أن المعتبر الدار إذ يغلب
على الظن أن من وجد بموضع أنه من أهله ، والحكم للغالب ، وروى أشهب أنه مسلم إذا
التقطه مسلم تغليبا لحكم الإسلام لأنه يعلو ولا يعلى عليه .

فَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِيهَا غَيْرَ بَيِّنِينَ مِنَ الْمُسْلِمِينَ فَمُشْرِكٌ إِلَّا أَنْ يَلْتَقِطَهُ مُسْلِمٌ، وَقَالَ أَشْهَبُ:
يُحَكِّمُ بِإِسْلَامِهِ كَحُرِّيَّتِهِ لِلْإِحْتِمَالِ....

لما تكلم على ما إذا كانت القرية كلها للمسلمين أو مشركين تكلم على ما إذا كانت
القرية كلها للمسلمين مشتركة والأغلب الشرك ، ويعمهم من تعيين المصنف هذه الصورة
بالخلاف أنه لو كان المسلمون مساوين أو أكثر أو قريبا من التساوي أن يحمل اللقيط على
الإسلام ولو التقطه مشرك ، لأنه لما احتمل الإسلام انبغى أن يغلب ولا عبرة بملقطه ، كما
لو التقطه عبد فإنه يجعل حراً تغليبا لشرف الحرية ولا عبرة للعبد الملتقط ، وهذا معنى
قوله: (كَحُرِّيَّتِهِ لِلْإِحْتِمَالِ) .

فإن قلت : في الأصل معنى ليس في الفرع وهو كثرة الأحرار بل الفرع بالعكس ، لأن
المشركين أكثر ، قيل : وصف الأكثرية ملغى باتفاق الضمير بدليل أنه لو التقطه مسلم عند
ابن القاسم لكان مسلماً .

وَفِي اسْتِلْحَاقِ الْمُلتَقِطِ الْمُسْلِمِ بِغَيْرِ بَيِّنَةٍ قَوْلَانِ

أي : صحة الاستلحاق ، وقوله : (بِغَيْرِ بَيِّنَةٍ) وأما بالبينة فيقبل باتفاق .

وقوله : (قَوْلَانِ) الذي رواه ابن القاسم أنه لا يلحق به ، وقال أشهب : لحق به أبو
إسحاق وهو الاختيار ، وربما طرح الناس أولادهم للإملاق أو غيره ، ووجه القول الأول
أن العرف يكذبه .

وَفِي مُسْلِمٍ غَيْرِهِ ثَالِثُهُمَا : إِنْ أَتَى بِوَجْهِ لِحِقِّ كَمَنْ زَعَمَ أَنَّهُ طَرَحَهُ لِأَنَّهُ لَا يَعِيشُ لَهُ وَلَدٌ
وَسَمِعَ أَنَّهُ إِذَا طَرَحَهُ عَاشَ....

أي : وفي لحوقه بمسلم غير الملتقط ثلاثة أقوال :

أولها لأشهب : أنه يلحق به لأنه مجهول النسب .

ثانيها : لا يلحق به إلا بيينة لأن الولد قد ثبت للمسلمين .

الثالث ذكره ابن شعبان : أنه لا يلحق به إلا أن يكون رجلاً تكلة لا يعيش له الأولاد

فزعم أنه فعل ذلك لذلك ، وأسقط المصنف منه قوله يعلم أنه فعل ذلك لذلك .

ابن راشد : وينبغي إذا أتى بوجه يدل على قوله ألا يختلف في قبول قوله .

وَأَمَّا الذَّمُّ فَلَا يَلْحَقُهُ إِلَّا بِيِنَّةٍ

زاد ابن شاس^(١) : ويكون على دينه إلا أن يسلم قبل ذلك ويعقل الإيمان فيكون مسلماً .

وَفِي الْمَرْأَةِ ثَالِثَهَا : تُصَدَّقُ إِنْ قَالَتْ مِنْ زِنَا وَتُحَدُّ

قال ابن القاسم : لا يقبل قولها وإن أتت بما يشبه من العدم ، وقال أشهب : تصدق

مطلقاً .

وقال محمد : إن قالت من زنا صدقت وحدت لبعده التهمة حينئذ ، وأما من لها زوج

فلا حتى يدعيه فيلحق به .

وَاللَّقِيطُ حُرٌّ وَلَا يُرْقُ إِلَّا بِيِنَّةٍ لَا بِإِقْرَارٍ

هو ظاهر ، وإنما لم يقبل إقراره لأنه ليس له أن يرق نفسه والحرية ظاهرة فيه .

كتاب الأفضية

الأفضية: وهو فرض كفاية

قال الأزهرى^(١): القضاء في اللغة على وجوه ، مرجعها إلى انقضاء الشيء وتماه .

وقال الجوهرى^(٢): القضاء : الحكم .

وعلم القضاء وإن كان أحد أنواع الفقه ، إلا أنه يتميز بأمور لا يحسنها كل الفقهاء ، وقد يحسنها من لا باع له في الفقه ، وهو كاللتصريف من علم العربية ، فإنه ليس كل النحاة يعلم التصريف ، وقد يحسنه من ليس له باع في النحو ، وإنما كان فرضاً ، لأنه لما كان الإنسان لا يستقل بأمور دنياه ، إذ لا يمكن أن يكون حرّاً طحاناً خبازاً إلى غير ذلك من الصنائع المفتقر إليها ، احتاج إلى غيره ، ثم بالضرورة قد يحصل بينهما التشاجر والخصام لاختلاف الأغراض ؛ فاحتيج إلى من يفصل تلك الخصومات ، ويمنع بعضهم من غرضه ، فلهذا وجب إقامة الخليفة، لكن نظر الخليفة أعم إذا جد ما ينظر فيه القاضي، ولما كان هذا الغرض يحصل بواحد وجماعة كان فرض كفاية؛ لأن ذلك شأن فروض الكفاية.

فَإِذَا انْفَرَدَ بِشَرَائِطِهِ تَعَيَّنَ

أي : إذا انفرد شخص بشرائطه تعين قبوله للقضاء ، ولم يجز له الهروب منه ، ووجب على الإمام توليته .

قال مالك : ويجبر عليه إذا تعين ، قيل له : الجبر بالضرب والحبس ، قال : نعم ، ومثله لابن شعبان ، وقد ذكر ابن سحنون أن الإمام أقام حولاً يجبر أباه على القضاء حتى تخوف منه ، فحيثئذ قبل .

وإذا كان القضاء فرض كفاية وقد تعين كانت منزلته عظيمة ؛ أعني : بشرط أن يعان القاضي على الحق كما كان في الصدر الأول ، وأما إذا لم يعن عليه وربما أعان من ولاه عليه لبلوغ هواه .

ابن عبد السلام : فينقلب ذلك الواجب محرماً نسأل الله السلامة في الدين والدنيا ، وبالجملة : إن أكثر الخطط الشرعية في زماننا أسماء شريفة على مسميات خسيمة انتهى .

(١) « تهذيب اللغة » (٣/١١٦) .

(٢) « الصحاح » (٢/٨٣) .

ولهذا كان الأولى الهروب عن خطة القضاء ما لم تتعين ، ولخطر هذه الخطة قال أصحابنا : إذا عين الإمام رجلاً للقضاء وَتَمَّ مَنْ يَصْلِحُ غَيْرَهُ جاز له الاستعفاء والهروب ، بخلاف سائر فروض الكفاية ؛ فإنه إن عين بعضهم لم يجز الهروب ، كما لو عين طائفة لقتال العدو فإنه يتعين في حقها .

وَوَجَّحَ النَّسَائِيُّ عَنْ بُرَيْدَةَ عَنْ أَبِيهِ عَنِ النَّبِيِّ ﷺ قَالَ : « الْقَضَاءُ ثَلَاثَةٌ ؛ ائْتَانٌ فِي النَّارِ وَوَاحِدٌ فِي الْجَنَّةِ ؛ رَجُلٌ عَرَفَ الْحَقَّ فَقَضَى بِهِ فَهُوَ فِي الْجَنَّةِ ، وَرَجُلٌ عَرَفَ الْحَقَّ فَلَمْ يَقْضِ بِهِ وَجَارَ فِي الْحُكْمِ فَهُوَ فِي النَّارِ ، وَرَجُلٌ لَمْ يَعْرِفِ الْحَقَّ فَقَضَى لِلنَّاسِ عَلَى جَهْلِ فَهُوَ فِي النَّارِ » (١) .

والتقسيم في الحديث إنما هو باعتبار الأنواع فرمما لم يوجد من النوع إلا شخص واحد ، ويوجد من الآخر آلاف ، وَوَجَّحَ النَّسَائِيُّ مِنْ حَدِيثِ عِثْمَانَ الْأَخْنَسِيِّ ، وَوَثَّقَهُ يَحْيَى بْنُ مَعِينٍ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ : « مَنْ جَعَلَ قَاضِيًا بَيْنَ النَّاسِ فَقَدْ ذَبَحَ بِغَيْرِ سَكِينٍ » (٢) ، وَفِي رِوَايَةٍ : « مَنْ اسْتَعْمَلَ عَلَى الْقَضَاءِ فَكَأَنَّمَا ذَبَحَ بِالسَّكِينِ » (٣) .

وقال أصحابنا : وقد يجب طلب القضاء ، وقد يستحب ، وقد يحرم ، ويكره .
فيجب إذا كان من أهل الاجتهاد والعدالة ولا يكون هناك قاض ، أو يكون ولكن لا تحل ولايته ، أو يعلم أنه إذا لم يتول تضيع الحقوق ويكثر الهرج .
ويستحب إذا كان عالماً خفي علمه عن الناس فأراد أن يشهره بالقضاء ؛ لِيُعْلَمَ الْجَاهِلُ ويفتي المسترشد ، أو يرى أنه أنهض وأنفع للمسلمين من غيره .
ويحرم على الجاهل ومن طلب به اكتساب دنيا ، ويكره إذا كان عدلاً مشهوراً ينفع الناس بعلمه ، وخاف إن تولى القضاء ألا يقدر على ذلك .

(١) أخرجه أبو داود (٣٥٧٣) والنسائي في « الكبرى » (٥٩٢٢) وابن ماجه (٢٣١٥) والحاكم

(٧٠١٢) والبيهقي في « الكبرى » (٢٠١٤١) من حديث بريدة عن أبيه .

قال الحاكم : هذا حديث صحيح الإسناد ، ولم يخرجاه ، وصححه الألباني - رحمه الله .

(٢) أخرجه أبو داود (٣٥٧٢) والترمذي (١٣٢٥) والنسائي في « الكبرى » (٥٩٢٣) وابن ماجه

(٢٣٠٨) وأحمد (٧١٤٥) والحاكم (٧٠١٨) والدارقطني (٢٠٤/٤) وأبو يعلى (٦٦١٣) من

حديث أبي هريرة - رضي الله عنه ، وصححه الألباني - رحمه الله .

(٣) أخرجه النسائي في « الكبرى » (٥٩٢٤) .

المازري : ويبعد عندي تصور الإباحة إلا عند تقابل أدلة الأحكام وقرائن الأحوال ، ولا يقدر على ترجيح بعضها على بعض .

وَصِفَاتُهُ ثَلَاثَةٌ : شَرْطٌ وَاجِبٌ ، وَمَوْجِبٌ لِلْعَزْلِ غَيْرُ شَرْطٍ ، وَمُسْتَحَبٌ

لما ذكر أنه إذا انفرد بشرائطه تعين شرع في بيان تلك الشرائط ، ولما كانت الشروط قائمة بالقاضي أطلق عليها صفات .

قوله : (وَصِفَاتُهُ) عائد على القاضي .

وقوله : (شَرْطٌ وَاجِبٌ) أي : الأول ، ووصف الشرط بالواجب لثلا يُعْتَقَدُ أنه شرط كمال ، ومعنى الشرطية : أن عدم شيء من هذه الصفات يمنع صحة العقد وينفسخ بحدوثه .

وقوله : (وَمَوْجِبٌ لِلْعَزْلِ) أي : الصفة الثانية غير شرط في صحة الولاية وانعقادها ابتداء ، ولكنه يجب أن يكون متصفاً بها ، وعدمها موجب للعزل ، وينفذ ما مضى من أحكامه .

فإن قلت : قوله أولاً : (فَإِذَا انْفَرَدَ بِشَرَائِطِهِ تَعَيَّنَ) إما أن يريد به الصفة الأولى فقط أو الجميع ، قيل : لا هذا ولا هذا ؛ لأنه لو أراد الصفة الأولى فقط ، لزم أن من حصلت فيه تعين عليه القضاء ، فلا يكون الوصف الثاني موجبا للعزل ، ولو كان المراد الجميع لزم أن من انفرد بالصفتين الأوليين لا يتعين عليه ، وليس كذلك ؛ لأن الصفة الأولى مستحبة لا واجبة ، وإنما مراده مجموع الصفتين الأوليين ، لكن يبقى في كلامه تضاد ؛ لأنه قال في الثاني : (وَمَوْجِبٌ لِلْعَزْلِ غَيْرُ شَرْطٍ) فيكون أطلق الشرط على الشرائط وغيره .

الأوّل : أَنْ يَكُونَ ذَكَرًا حُرًّا بِالْغَا عَاقِلًا مُسْلِمًا عَدْلًا مُجْتَهِدًا فِطْنًا

أي : الشرط الأول أو الوصف الأول أو القسم الأول مركب من ثمانية قيود :

أولها : أن يكون حراً ، احترازاً من العبد ، وَمَنْ فِيهِ شَائِبَةٌ مِنْ شَوَائِبِ الرِّقِّ مِنْ مَكَاتِبِ وَمَدِيرٍ وَمَعْتَقٍ إِلَى أَجْلِ وَمَعْتَقٍ بَعْضُهُ ؛ لِأَنَّ كَلَامًا مِنْ هَؤُلَاءِ لَا يَلِي أَمْرَ نَفْسِهِ ، فَأَحْرَى غَيْرِهِ ، وَلِأَنَّهُ لَا يَصِحُّ أَنْ يَكُونَ شَاهِدًا ، وَالْقَضَاءُ أَعْمُ مِنَ الشَّهَادَةِ ، وَيَشْمَلُ قَوْلُهُ : (حُرًّا) الْمَعْتَقَ .

ابن عبد السلام : وهو مذهب الجمهور ، ومن «النوادر» عن سحنون المنع ، واعتل بأنه قد يستحق فريد إلى رق ؛ فترد أحكامه ، وأورد النقض بقبول شهادته مع أنه قد يستحق ، وأجيب بأن للإمام مندوحة عن ولايته بخلاف قبول شهادته في أمر تَعَيَّنَ عليه لا يعرفه غيره .

ثانيها : أن يكون ذكراً ؛ فلا يصح عقد الولاية لامرأة ؛ لما في البخاري : «لن يفلح قوم ولّوا أمرهم امرأة» (١) .

روى ابن أبي مريم عن ابن القاسم إجازة توليتها القضاء .

ابن زرقون : وأظنه يريد فيما تجوز فيه شهادتها كقول أبي حنيفة ، انتهى .

ويحتمل أن يريد الإطلاق كقول محمد بن الحسن والطبري والمازري ، والإجماع على أنها لا تُولَّى الإمامة الكبرى ، ولا يقال : قد ولى عمر رضي الله عنه الشفاء الحسبة ، وهي قضاء وحكومة ؛ لأننا نقول : عموم الحديث مقدم عليه .

المازري : واعتذر عنه بعض أصحابنا بأنه إنما جعل لها تغيير ما يقع من المنكرات في السوق ، ولا يلزم من تخصيص عموم الحديث بهذه الصورة تخصيصه بغيرها .

ثالثها : أن يكون بالغاً .

رابعها : أن يكون عاقلاً ، ولا خلاف في اعتبارهما .

خامسها : أن يكون مسلماً ، ولا خلاف فيه إلا ما روي عن أبي حنيفة رضي الله عنه من ولاية الكافر الحكومة بين أهل دينه .

المازري : إن كان معناه أنهم يردون إلى دينهم إذا لم يتراضوا بحكم الإسلام ، وتخاصموا الحبر من أحبارهم من دينهم ، ويمنع أحد الخصمين من الامتناع منه - فهذا مما لا يستنكر .

سادسها : أن يكون عدلاً .

المازري : وقد نص الله تعالى على اشتراط العدالة في الشاهد ، والقاضي أشد حرمة منه ، قال : وعلى منع ولاية الفاسق العلماء ، وشذ قوم من المتكلمين فذهبوا إلى أن الفسق لا ينافي عقد ولاية القضاء ، وهو مذهب مستنكر .

(١) أخرجه البخاري (٤١٦٣) من حديث أبي بكر - رضي الله عنه .

سابعها : أن يكون مجتهداً ؛ فلا تصح ولاية المقلد ولا تنفذ أحكامه .

المازري : هكذا يحكي أصحابنا عن المذهب أنه لا تجوز ولاية المقلد ، وهذا إنما هو إذا كان المجتهد موجوداً ، وإلا فعند عدمه تصح الولاية لغيره كما سيأتي .

قال مالك في «الواضحة» : لا أرى خصال القضاة تجتمع اليوم في أحد ، ولكن يجب أن يكون عالماً عدلاً .

ابن حبيب : فإن لم يكن عالماً فعاقلاً ورعاً ؛ لأنه بالعقل يسأل وبالورع يقف ، فإذا طلب العلم وجده ، وإن طلب العقل لم يجده .

ابن رشد^(١) : يريد بالعقل : العقل الحصيف ، وأما العقل الذي هو شرط التكليف فإنما هو شرط في صحة الولاية .

أصبح : ويعزل الجاهل إلا أن لا يوجد غيره فيقر ، ويؤمر أن يستكثر من المشورة ويتفقد أمره في كل حين .

المازري : وما قاله ابن حبيب تسهيل في ولاية القاضي المقلد ، ولكنه لم يصرح بجواز هذا مع القدرة على نظار ، بل أشار إلى كون الضرورة تدفع إلى ولاية المقلد .

وهكذا قال أصبح إذا لم يوجد إلا عدل لا علم عنده وعالم لا بأس بحاله ، لكن الذي لا علم عنده أعدل منه فإن العالم هو الذي يولى ، فإن كان ليس بعدل ، فيولى العدل الذي ليس بعالم ، ويؤمر بأن يستشير ، قال : وهذا الذي وقع في المذهب ينبغي أن يحمل على مواضع الضرورة ، وأما مع الاحتمال وكثرة النظر فلا يختلف أن ولاية النظر أولى من ولاية المقلدين ، وإنما يتصور الخلاف هل تصح ولاية المقلد وتنفذ أحكامه وتنعقد ولايته وهو قول أبي حنيفة أم لا ، وهو قول الشافعي وهو الذي يحكيه أئمة مذهبنا عن المذهب ؟

ثامنها : أن يكون فطناً ؛ فلا يجوز ولاية المغفل كما في الشهادة ، بل الاشتراط هنا أولى ، وهذا الشرط لم يقع في كل النسخ ، وكلام الطرطوشي يدل على اشتراطه .

وبقي على المصنف شرط تاسع ، وهو أن يكون القاضي واحداً ، نص عليه ابن شاس وابن شعبان وغيرهما ؛ أي : لا يجوز أن يفوض القضاء إلى اثنين لا يتم الحكم إلا باجتماعهما .

المازري : وأغلى الباجي في المنع حتى ادعى عليه الإجماع ، وقال : لم يتفق هذا من زمانه عليه السلام إلى زماننا ، وخاف من النقض عليه بالحكمين ، لأنهما إذا اختلفا انتقل إلى غيرهما ، وفي القاضيين لا يمكن التنقل عنهما ، فيؤدي اختلافهما إلى وقف الأحكام .
المازري : وعندي أنه لا يقوم دليل على المنع إذا اقتضت ذلك المصلحة ودعت إليه الضرورة في نازلة يرى الإمام أنها لا تصلح ، وترتفع فيها التهمة إلا بقضية رجلين .
وذكر الباجي أنه قد ولي في بعض بلاد الأندلس ثلاثة قضاة على هذه الصفة ، ولم ينكر ذلك من كان من فقهاءه ، وأنه أنكر هو فعلهم .

وَأَنَّ لَمْ يُوجَدَ مُجْتَهِدٌ فَمَقْلَدٌ؛ فَيَلْزَمُهُ الْمَصِيرُ إِلَى مَقْلَدِهِ، وَقِيلَ: لَا يَلْزَمُهُ، وَقِيلَ: لَا يَجُوزُ لَهُ إِلَّا بِاجْتِهَادِهِ ...

يعني : أنه لا تترك ولاية القضاء عند عدم الاجتهاد لثلا يؤدي إلى الهرج وإبطال الحقوق، ولأن إنصاف المظلوم من الظالم واجب ، وهو ممكن من المقلد .
ابن راشد وابن عبد السلام : إلا أنه ينبغي أن يختار أعلم المقلدين ممن له فقه نفيس وقدرة على الترجيح بين أقاويل أهل مذهبه ويعلم منها ما هو أحرى على أصل مذهب إمامه مما ليس كذلك ، وأما إذا لم يكن بهذه المزية فيظهر من كلام الشيوخ اختلاف بينهم هل يجوز توليته القضاء أم لا ؟

عياض : وشرط العلم إذا وجد لازم ، فلا يصح تقديم من ليس بعالم ، ولا ينعقد له تقديم مع وجود العالم المستحق للقضاء ، لكن رخص فيمن لم يبلغ رتبة الاجتهاد في العلم ، إذا لم يوجد من بلغها ، ومع كل حال فلا بد أن يكون له علم ونباهة وفهم لما يتولاه ، وإلا لم يصح له أمر .

وقوله : (فَيَلْزَمُهُ الْمَصِيرُ إِلَى قَوْلِ مَقْلَدِهِ) بفتح اللام .

ابن العربي : ويقضي حينئذ بفتوى مقلده بنص النازلة ، فإن قاس على قوله أو قال : «يجيء من هذا كذا» فهو متعد .

خليل : وفي هذا نظر ، والأقرب جوازه للمطلع على مدارك إمامه .

ووجه المازري ما ذكره المصنف بأنه لو حكم بغير مذهبه تطرقت إليه التهمة بالحيف والقضاء بالشهوة ؛ فأمر باتباع مذهبه للسياسة لا لمقتضى أصول الشرع ؛ لأن أصول الشرع مبنية على أن المفتي والقاضي يؤمران أن باتباع الحق حيثما ظهر لهما .

قوله : (وَقِيلَ : لَا يَلْزَمُهُ) هذا القول ذكره في «الجواهر»^(١) عن الطرطوشي ، ونصه : ولا يلزم أحداً من المسلمين أن يقلد في النوازل والأحكام من يعتري إلى مذهبه ، فمن كان مالكيًا لم يلزمه المصير في أحكامه إلى أقوال مالك ، وهكذا القول في سائر المذاهب ، بل أينما أداه اجتهاده من الأحكام صار إليه ، فإن شرط على القاضي أن يحكم بمذهب إمام معين من أئمة المسلمين ولا يحكم بغيره فالحكم صحيح والشرط باطل ، كان موافقاً لمذهب المشترط أو مخالفاً له .

قوله : (وَقِيلَ : لَا يَجُوزُ لَهُ إِلَّا بِاجْتِهَادِهِ) أي : وقيل : لا يجوز لهذا المقلد إذا أداه اجتهاده إلى خلاف مذهبه أن يحكم إلا باجتهاده ، ولا يقال : قوله : (إِلَّا بِاجْتِهَادِهِ) ينافي فرض المسألة ؛ إذ الكلام في عدم المجتهد ؛ لأن المراد عدم المجتهد المطلق ، وأراد بقوله : (إِلَّا بِاجْتِهَادِهِ) الاجتهاد المقيد ، وهو الاجتهاد في مذهبه والاطلاع على مدارك إمامه .

وقال ابن عبد السلام : قوله : (وَقِيلَ : لَا يَجُوزُ إِلَّا بِاجْتِهَادِهِ) معناه : لا يجوز تولية المقلد البتة ، ويرى هذا القائل أن رتبة الاجتهاد مقدور على تحصيلها ، وأنها موجودة إلى الزمان الذي أخبر النبي ﷺ بانقطاع العلم فيه ، ولم نصل إليه إلى الآن ، وإلا كانت الأمة مجمعة على الخطأ ، انتهى .

وفيه بُعد ؛ لأن الفرض عدم المجتهد .

خليل : العلماء في جواز خلو الزمان عن مجتهد قولان : فاختار ابن الحاجب وغيره الجواز خلافاً للحنابلة وتحقيق ذلك في محله ، وهو عزيز الوجود في زمننا ، وقد شهد المازري بانتفائه ببلاد المغرب في زمانه ، فكيف في زمننا؟! وهو في زمننا أمكن لو أراد الله بنا الهداية ؛ لأن الأحاديث والتفاسير قد دونت ، وكان الرجل يرحل في طلب الحديث الواحد ، لكن لا بد من قبض العلم على ما أخبر به عليه السلام .

فإن قيل : يحتاج المجتهد أن يكون عالماً بمواضع الإجماع والخلاف ، وهو متعذر في زماننا لكثرة المذاهب وتشعبها ، قيل : يكفي أن يعلم أن المسألة ليست مجمعة عليها ؛ لأن القصد أن يحترز من مخالفة الإجماع ، وذلك ممكن .

وَقَالَ أَصْبَغُ: الْعَدْلُ مِنَ الثَّانِي

يعني: أن المشهور أن العدالة من الأول؛ فلا تصح الولاية لفاسق، ولا تنفذ أحكامه، وافق الحق أم لم يوافق.

ورأى أصبغ أن العدالة من الوجه الثاني، وهو الموجب للعزل؛ فلا يجوز أن يؤلَّى الفاسق، وإن طرأ وجب عزله، ويمضي من أحكامه ما وافق الحق.

وَقَالَ الْبَاجِي: الْعَالِمُ مِنَ الثَّالِثِ

أي: من المستحب، وعليه فتتعقد ولاية الجاهل، ولا يجب عزله.

وقوله: (وَقَالَ الْبَاجِي) ليس بجيد، وإنما هو ابن رشد، وقد تقدم غير مرة السبب المقتضي لذلك، ووهم ابن عبد السلام ابن شاس فيه أيضاً، قال: لأنه ليس قولاً لابن رشد، وإنما حكى فيه ابن رشد كلام غيره كما حكاه الأكثرون، ولكنه أشبع الكلام على العلم إثر كلامه على النوع الثالث؛ فاعتقد ابن شاس أنه يرى كون العلم من هذا النوع.

خليل: وليس توهيم ابن شاس بجيد، فقد نص في «المقدمات»^(١) على أن العلم من الصفات المستحبة، وكذلك الفطنة، ولم يعز ذلك لغيره.

الثَّانِي: السَّمْعُ وَالْبَصَرُ وَالْكَلَامُ، وَلَا نَصَّ فِي الْكِتَابَةِ، وَالظَّاهِرُ أَنَّهُ مِنَ الثَّالِثِ

أي: القسم الثاني أو الوصف الثاني: وهو الموجب للعزل، فتتعقد ولاية الأصم والأعمى والأبكم وتنفذ أحكامه سواء ولي كذلك أو طرأ عليه ذلك، وهكذا قال صاحب «المقدمات».

ابن راشد: وظاهر ما في «وثائق ابن القاسم» أنها من الأول، والمذهب ما تقدم.

وذكر الباجي أنه لم ير في السمع نصاً، واختار المنع، وعلله بسماع الدعوى والشهادات، وليس كلهم يمكنه أن يكتب، وكذلك ذكر أنه لا خلاف في منع كون الأعمى حاكماً.

وذكر عياض وابن زرقون أن الماوردي حكى عن مالك جوازه.

عياض: ولا يصح عن مالك؛ إذ لا يتبين طالب من مطلوب ولا شاهد من مشهود

(١) «المقدمات» (١/٤٩٨).

عليه ، ولا نص في الكتابة ، هكذا قال الباجي وابن رشد أنه لا نص هل يشترط في القاضي أن يكتب ؟ وعن الشافعية قولان : أظهرهما الجواز ؛ لأن إمام المسلمين وسيد المرسلين وأفضل الحاكمين ﷺ كان أمياً ، قالا : وللمنع وجه ؛ لأن النبي ﷺ معصوم بخلاف غيره .

الثالثُ : أَنْ يَكُونَ وَرِعاً غَنِيًّا لَيْسَ بِمَدْيَانٍ ، بَلَدِيًّا مَعْرُوفَ النَّسَبِ غَيْرَ مَحْدُودٍ حَلِيمًا مُسْتَشِيرًا لَا يُبَالِي لَوْمَةً لَائِمًا ، سَلِيمًا مِنْ بَطَانَةِ السُّوءِ غَيْرَ زَائِدٍ فِي الدَّهَاءِ
هذا هو المستحب .

قوله : (وَرِعاً) أَي : عن الشبهات .

(غَنِيًّا) لِأَنَّ الْفَقِيرَ قَدْ يَحْتَاجُ إِلَى غَيْرِهِ ، وَمَقَالَةَ السُّوءِ تَكْثُرُ فِيهِ بِخِلَافِ الْغَنِيِّ .

ابن عبد السلام : والظاهر الاكتفاء بالغنى عن عدم الدين ؛ فإن وجود الدين مع الغنى بما يزيد على مقدار الدين لا أثر له .

خليل : وفيه نظر ، والظاهر خلافه ، ولا يخفى عليك .

(بَلَدِيًّا) لِيَعْرِفَ النَّاسُ وَالشُّهُودُ ، وَالْمَقْبُولِينَ مِنَ الشُّهُودِ وَغَيْرِهِمْ .

ابن راشد وابن عبد السلام : والولاية الآن يرجحون غير البلدي ، إذ لا يخلو البلدي من أعداء ، والغالب وجود المنافسة بينه وبين أهل بلده .

(مَعْرُوفُ النَّسَبِ) لِأَنَّ مَنْ لَا يَعْرِفُ أَبُوهُ مِنْ وَلَدٍ لِعَانٍ أَوْ زَنَا يَطْعَنُ فِيهِ ، فَلَا يَكُونُ لَهُ فِي نَفُوسِ النَّاسِ كِبِيرٌ هَيِّئَةً .

وقال سحنون : لا بأس بتولية ولد الزنا ، ولكن لا يحكم في الزنا كما لا يحكم لولده .

الباجي^(١) : والأظهر أنه ممنوع ؛ لأن القضاء موضع رفعة وطهارة أحوال ، فلا يليها ولد الزنا كالإمامة في الصلاة .

وقوله : (غَيْرَ مَحْدُودٍ) أَي : في زنا ولا غيره .

وفي كتاب أصبغ : ويستقصى المحدود في الزنا والقذف ، والمقطوع في السرقة إذا كان

اليوم مُرَضِيًّا ، وجوز أصبغ حكمه فيما حد فيه ، ومنعه سحنون قياساً على الشهادة .

(حَلِيمًا) أي : على الخصوم ، وَمَنْ حَلِمَهُ أَنْ يَسْمَعَ الْكَلَامَ الَّذِي لَا يَفِيدُ إِلَّا أَنْ تَنْتَهَكَ حُرْمَةَ الشَّرْعِ ، فيكون انتصاره لغيره ، وبذلك تتم مهابته التي هي أحد صفات الكمال .
(مُسْتَشِيرًا) أي : لأهل العلم ؛ لأنه أهون له على حصول الصواب .

المازري : وأغلى الشافعي في هذا ، وقال : يجمع المخالفين له في المذهب ويشاورهم ؛ لأن كل من انتحل مذهباً وتفرّد للذب عنه كل خاطره في الإكثار من الأدلة عليه .
وقوله : (لَا يَبَالِي لَوْمَةً لَائِمًا) الظاهر أن هذا راجع إلى الوصف الأول ؛ لأن الخوف من لومة اللائم راجع إلى الفسق .

وقوله : (سَلِيمًا مِنْ بَطَانَةِ السُّوءِ) لأن السلامة منها رأس كل خير ، وكثيراً ما يؤتى على أهل الخير من جهة قرنائهم السوء ، والبطانة : هم الأصحاب .
(غَيْرَ زَائِدٍ فِي الدَّهَاءِ) هكذا وقع في بعض النسخ ، ووقع في بعضها : (وغيره) بواو العطف ؛ لِيَكُونَ مَعْطُوفًا عَلَى مَقْدَرٍ ؛ أَي : فَطَنًا وَغَيْرَ زَائِدٍ فِي الدَّهَاءِ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ يَحْمِلُهُ عَلَى الْحُكْمِ بِالْفِرَاسَةِ وَتَعْطِيلِ الطَّرِيقِ الشَّرْعِيَّةِ مِنَ الْبَيْنَةِ وَالْإِيمَانِ .

فَقَدْ عَزَلَ عُمَرُ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ زِيَادًا لِذَلِكَ

هذا استدلال منه على ما ذكره أنه لا يكون القاضي زائدا في الدهاء ، ويقال : إن عمر قال لزياد لما عزله : كرهت أن أحمل الناس على فضل عقلك ، والله أعلم بصحة هذا ، وما رأيت من ذكّر زيادا في قضاة عمر ، وقد ولى عمرو بن العاص والمغيرة بن شعبة ومعاوية ، وولى عليّ زيادا ، وقيس بن سعد بن عبادة وهؤلاء هم دهاة العرب ، وكان عمر إذا استضعف عقل رجل قال له : سبحان من خلقك وخلق عمرو بن العاص وحكاياته في حروبه في فتوح الشام ومصر مشهورة عند الإخباريين ، إلا أن هؤلاء كانوا أمراء غير قضاة ، وقد يحتاج الأمير في زيادة الدهاء إلى ما لا يحتاج إليه القاضي .

وَلَوْ تَجَرَّدَ عَقْدُ التَّوَلِيَّةِ عَنِ الاسْتِخْلَافِ لَمْ يَكُنْ لَهُ اسْتِخْلَافٌ ، وَقِيلَ : إِلَّا فِي الْمَرَضِ وَالسَّفَرِ

يعني : إن أذن له في الاستخلاف ، أو نص له على عدمه عمِلَ على ذلك ، وأما إن

تجرد عقد التولية عن ذلك فإن لم يكن له عذر لم يكن له ذلك ، وإن كان له عذر فقال
مطرف وابن الماجشون : له ذلك .

وقال سحنون : ليس له ذلك وإن مرض أو سافر ، ورآه كالوكيل المخصوص ، هكذا
حكى جماعة هذا القول عن سحنون ، ومقتضى كلام المصنف : أنه المذهب عنده .

ابن راشد : وهذا إذا استخلف في البلد الذي هو فيه ؛ ليكفيه بعض تعب الخصوم ،
وأما إن كان عمل القاضي واسعاً فيريد أن يقدم في الجهات البعيدة ، فالمشهور : الجواز ،
وقال ابن عبد الحكم : لا يجوز إلا بإذن الخليفة .

ابن محرز : ولم يختلفوا أن القاضي ليس له أن يوصي بالقضاء عند موته لغيره ،
بخلاف الوصي والإمام الأكبر ، وضابط ذلك : أن كل من ملك حقاً على وجه لا يملك
معه عزله فله أن يوصي به ، ويستخلف عليه كالخليفة والوصي والمجبر على ما ذهب إليه
ابن القاسم وإمام الصلاة ، وكل من ملك حقاً على وجه يملك معه عزله عنه فليس له أن
يوصي به كالقاضي والوكيل ، ولو كان مفوضاً إليه أو خليفة القاضي للأيتام وشبه ذلك .

وَيَشْتَرَطُ عِلْمَهُ بِمَا يَسْتَخْلَفُ فِيهِ

الضمير في (علمه) عائد على المستخلف بفتح اللام ، المفهوم من السياق ، يعني : أنه
لا يشترط في خليفة القاضي أن يكون عالماً بجميع أبواب الفقه ، بل إنما يشترط علمه بما
يستخلف فيه ، مثاله : لو استخلف على النظر بين الزوجين ، فيشترط علمه بالأنكحة وما
يتعلق بها ، إلا أن يفوض إليه فيشترط علمه بالجميع كما في الأصل .

وَلِلْإِمَامِ أَنْ يَسْتَخْلَفَ مَنْ يَرَى غَيْرَ رَأْيِهِ فِي الاجْتِهَادِ وَفِي التَّقْلِيدِ ، وَلَوْ شَرَطَ الْحُكْمَ بِمَا
يَرَاهُ كَانَ اشْتِرَاطًا بَاطِلًا ، وَالتَّوَلِيَةُ صَحِيحَةٌ ، قَالَ الْبَاجِي : كَانَ فِي سَجَلَاتِ قُرْطَبَةَ وَلَا
يَخْرُجُ عَنْ قَوْلِ ابْنِ الْقَاسِمِ مَا وَجَدَهُ

(لِلْإِمَامِ أَنْ يَسْتَخْلَفَ مَنْ يَرَى غَيْرَ رَأْيِهِ) كالمالكي يولي شافعيًا وحنفيًا ، ولو شرط - أي
الإمام - على القاضي الحكم بما يراه الإمام من مذهب معين أو اجتهاد له كان الشرط باطلاً
وصح العقد ، هكذا نقله في «الجواهر» عن الطرطوشي .

وقال غيره : العقد غير جائز ، وينبغي فسخه ورده ؛ لكونه صار مأموراً بمخالفة الحق ،
وهذا إنما هو إذا كان القاضي مجتهداً ، وكذا فرض المازري المسألة فيه ثم قال : وإن كان

الإمام مقلداً أو كان متبعاً لمذهب مالك واضطر إلى ولاية قاضٍ مقلد - لم يحرم على الإمام أن يأمره أن يقضي بين الناس بمذهب مالك ، ويأمره ألا يتعدى في قضائه مذهب مالك ؛ لما يراه من المصلحة في أن يقضي بين الناس بما عليه أهل الإقليم والبلد الذي هذا القاضي منه ، وولي عليهم ، وقد ولى سحنون لما ولي القضاء أمناء وكان فيمن ولاه رجل سمع كلام بعض أهل العراق فأمره سحنون ألا يتعدى الحكم بمذهب أهل المدينة .

وقوله : (قَالَ الْبَاجِيُّ) هكذا نقله الطرطوشي عن الباجي .

الطرطوشي : وهو جهل عظيم منهم ؛ يريد : لأن الحق ليس في شيء معين .

ابن راشد : وما نقل عن سحنون من ولاية ذلك الشخص على أن لا يخرج عن أقوال أهل المدينة ؛ يريد : قولهم ، وكيف يقول الأستاذ والناس إذا أتوا المالكي إنما يأتونه ليحكم بينهم بمذهب مالك؟! وقد أخبرني القرافي عن شيخه ابن عبد السلام أنه كان يرى في المسألة رأياً، وإذا سئل عنها ترك رأيه وأفتى بقول الشافعي ، فقبل له في ذلك فقال : هذا لم يسألني عن اختياري ، وإنما سألني عن مذهب الشافعي .

وَيَجُوزُ أَنْ يُنْصَبَ فِي الْبَلَدِ قَاضِيَانِ فَأَكْثَرُ ، كُلُّ مُسْتَقِلٍّ أَوْ مُخْتَصِّصٍ بِنَاحِيَةٍ أَوْ بِنَوْعٍ

لأن الناس قد يكثرون فلا يكفيهم الواحد ، وفهم من كلامه أنه ليس من شرط ولاية القضاء أن تكون عامة ، وهو مذهب مالك والشافعي خلافاً لأبي حنيفة في قوله : لا تنعقد إلا عامة ، وعلى مذهبننا فيجوز للإمام أن يستثني أشخاصاً لا يحكم بينهم .

أصحابنا : ولا يجوز أن ينهأ الأمير عن النظر في مسألة رجل بعد أن نظر فيها وأشرف على الحكم ، أو نوع كالدماء والأموال .

فَلَوْ تَنَازَعَ الْخَصْمَانِ فِي الْاِخْتِيَارِ فَالْقُرْعَةُ

يعني : إذا كان في البلد قاضيان ، وتنازع الخصمان في الاختيار ، وطلب كل واحد منهما التحاكم عند من لم يطلب صاحبه الحكم عنده ، فالقول قول الطالب .

المازري : ولو فرضنا أن يكون الخصمان جميعاً طالبين - كل منهما يطلب صاحبه - فإن لكل منهما أن يطلب حقه عند من شاء من القضاة ، ويطلب الآخر حقه عند من شاء .

ونقل ابن عبد السلام عن بعضهم أنه لا يراعى الطالب وإنما يراعى أقربهما مكاناً .

ابن عبد السلام : فإن استوى المكانان أو كان كل واحد منهما طالباً فأشار المازري إلى أنه يرجح من جاء رسوله أولاً ، فإن استوا فالقرعة ، وينبغي أن ينظر أيضاً فيمن يقرع بينهما ، فإن ذلك يؤدي إلى تشاجر آخر ؛ لأنهما قد لا يتفقان على القرعة ؛ فلا بد من حاكم يقرع بينهما .

وَالْتَحْكِيمُ مَاضٍ فِي الْأَمْوَالِ ، وَمَعْنَاهَا كَحُكْمِ الْحَاكِمِ

التحكيم : أن يُحْكَمَ الخصمان رجلاً يحكم بينهما ، وليس مولى من قبل الإمام ولا من قبل القاضي ، ولا يؤخذ من قوله : (مَاضٍ) الجواز ابتداء ، وقد نص المازري على جوازه من حيث الجملة ، قال : كما يجوز لهما أن يستفتيا فقيها ويعملا بما يقول ، ويرجعا إلى ما يفتي به .

وتقييد قوله : (مَاضٍ) بالأموال قد يدل على أنه لا يمضي في خلافها ، لكنه سيصرح بخلاف هذا المفهوم .

واحترز بالأموال من غيرها فقد قال سحنون : لا يجوز في الحدود واللعان ، وأضاف أصبغ الطلاق والعتاق والولاء والنسب والقصاص وقال : وأما الجراح فله أن يُمَكَّنَ مَنْ يستفاد منه كحكم الحاكم ؛ أي : فلا يكون لواحد منهما ولا لحاكم غيرهما نقضه إلا أن يكون جوراً بيناً ، وامتنع التحكيم في هذه الأمور ؛ لأنها تتعلق بها حق لغير الخصمين ؛ إما لله تعالى وإما لآدمي ، فاللعان فيه حق للولد في نفي نسبه ، وكذلك الأنساب ، قالوا : والطلاق والعتاق فيهما حق لله تعالى ؛ إذ لا يجوز بقاء المطلقة البائن في العصمة ، ولا رد العبد في الرق .

وَفِي اشْتِرَاطِ دَوَامِ الرِّضَا إِلَى حِينِ نَفُوذِ الْحُكْمِ قَوْلَانِ ، وَقَالَ أَشْهَبُ : يُشْتَرَطُ إِلَى أَنْ يَنْشَبَا...

يعني : واختلف في لزوم الحكم للخصمين ، هل هو مشروط بدوام الرضا إلى حين الحكم ولكل واحد منهما أن يرجع قبل النفوذ ، وهو قول سحنون ، أو ليس بشرط وليس لأحدهما أن يبدو له إن كان قبل أن يفاتحه ، وحكمه لازم لهما كحكم السلطان ، وهو قول ابن الماجشون؟

ومنشأ الخلاف هل يقال : إنهما لما حكماه صار كالوكيل لهما أو لا ، وهو كالحاكم ، وفي كلامه حذف معطوف تقديره : إلى نفوذ الحكم وعدم اشتراطه .

وقوله : (إِلَى حِينَ نَفُوزِ الْحُكْمِ) أي : إلى نفوذه ، وهكذا صرح به سحنون .
وأشار ابن عبد السلام : إلى أن كلام المصنف لا يؤخذ منه هذا ؛ لأن بين نفوذ الحكم
وزمان نفوذه فرقاً ، وفيه نظر .

وقال أشهب : يشترط رضاهما إلى أن ينشبا في الخصومة ، فإذا نشبا فلا رجوع
لأحدهما .

ولابن القاسم في «المجموعة» : إذا أقام البينة عنده ثم بدا لأحدهما فأرى أن يقضي
ويجوز حكمه ، ولابن المواز : له الرجوع ما لم يشرف على الحكم .

فَلَوْ حُكِّمَ فِي غَيْرِ الْأَمْوَالِ فَقَتَلَ أَوْ حَدَّ أَوْ اقْتَصَصَ أَوْ لَاعَنَ أَدَّبَ وَمَضَى مَا لَمْ يَكُنْ جَوْرًا
بَيِّنًا....

هذا هو التصريح بخلاف ما فهم من قوله أولاً : (مَاضٍ فِي الْأَمْوَالِ) .
وما ذكره المصنف نص عليه أصبغ فقال : إذا حكم فيما ذكرناه أنه لا يحكم فيه فإن
القاضي يمضي حكمه ، وينهاه عن العودة .

وإن فعل المحكم ذلك لنفسه فقتل أو اقتصص أو حد ثم رفعه إلى الإمام أدبه السلطان
وزجره ، وأمضى ما كان صواباً من حكمه .

وانظر قول أصبغ : «ما كان صواباً» وقول المصنف : (مَا لَمْ يَكُنْ جَوْرًا بَيِّنًا) فإن الظاهر
أن بينهما فرقاً .

ابن راشد : وظاهر كلام سحنون أن يمنع من نقضه إلا أن يكون جوراً بيناً ، وأما الحكم
بإنفاذه وإمضائه فلم يصرح به ، وأشار بعض الشيوخ إلى أن مالكاً وسحنوناً اتفقا على
نقض ما هو جورٌ بينٌ ، وما ليس كذلك فنص مالك على أن القاضي يمضيه ، وظاهر كلام
سحنون أنه لا يعارضه .

فَلَوْ حُكِّمَ عَبْدًا أَوْ امْرَأَةً أَوْ مَسْخُوطًا فَقَوْلَانِ ، بِخِلَافِ الْكَافِرِ وَالصَّبِيِّ وَالْمُوسُوسِ

يطلب من الخصمين ابتداءً ألا يحكِّمًا إلا من اجتمعت فيه صفات القضاء ، فإن حكما
من لم تجتمع فيه ، فأما الكافر والمجنون والموسوس فلا يمضي قضاؤهم باتفاق ، قاله ابن
راشد .

وأشار اللخمي والمازري إلى أن الجاهل متفق على بطلان حكمه ؛ لأن تحكيمه تخاطر وغرر ، واختلف في غير من ذكر ، فحكى اللخمي والمازري أربعة أقوال :

الأول لأصبع : يصح حكمهم .

والثاني لمطرف : لا يصح .

الثالث لأشهب : يمضي إلا في الصبي ؛ لأنه غير مكلف ، ولا إثم عليه إن جار ، ونسب أيضاً لأصبع .

والرابع لعبد الملك : يصح إلا في الصبي والفاسق ، وذكر المصنف الصبي مع الكافر والمجنون يوهم أنه متفق عليه ، وليس بظاهر .

فَلَوْ حَكَمَ خَصْمَهُ فَتَالِثُهَا : يَمْضِي مَا لَمْ يَكُنِ الْمُحَكَّمُ الْقَاضِيَّ

ابن عبد السلام : هذه الأقوال صحيحة حكاها غير واحد ، وأشار بعضهم أو صرح بنفي الخلاف في أن حكمه غير ماضٍ ، وحكى بعضهم أنه يمضي ، لكنه لم يتعرض لنفي الخلاف ، ونص اللخمي على أنه لا يلزم حكم المحكم إذا كان مالكياً والخصمان كذلك إذا خرج عن قول مالك وأصحابه وإن لم يخرج عن ذلك باجتهاده لزم .

وَيَجُوزُ الْعِزْلُ لِمَصْلَحَةٍ

لما فرغ من شروط القاضي وما يتعلق بذلك تكلم على عزله .

وقوله : (لِمَصْلَحَةٍ) يريد : أو درء مفسدة ، كما لو رأى أن غيره أصلح أو أقوى ، وأراد نقله إلى بلد آخر أو خطة أخرى .

أصبع : وينبغي للإمام عزل من يخشى عليه الضعف والوهن ، أو بطانة السوء وإن أمن عليه الجور في نفسه .

وَالْمَشْهُورُ الْعَدَالَةَ لَا يَنْبَغِي أَنْ يُعْزَلَ لِمُجَرَّدِ الشُّكِّيَّةِ ، وَقَالَ أَصْبَغٌ : أَحَبُّ إِلَيَّ أَنْ يُعْزَلَ
إِنْ وَجِدَ بَدْلَهُ ، وَقَدْ عَزَلَ عُمَرُ سَعْدًا رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا وَهُوَ أَعْدَلُ مِنْ بَعْدِهِ إِلَى يَوْمِ الْقِيَامَةِ ...

الأول لمطرف قال : لا يعزل المشهور بالعدالة والرضا بالشكية فقط وإن وجد منه بدلاً ؛ لأن في ذلك فساد للناس على قضاتهم ، وإن لم يكن مشهوراً بالعدالة والرضا فليعزله إذا وجد منه بدلاً وتظاهرت الشكية عليه ، فإن لم يجد منه بدلاً كشف عنه ، فإن كان على ما يجب أبقاها ، وإن كان على غير ذلك عزله .

وقال أصبغ : أَحَبُّ إِلَيَّ أَنْ يَعْزَلَ بِمَجْرَدِ الشُّكْيَةِ وَإِنْ كَانَ مَشْهُورَ الْعَدَالَةِ ، وَاحْتِجَ بِقَضِيَّةِ سَعْدٍ ، وَهُوَ أَحَدُ الْعَشْرَةِ الْمَشْهُودِ لَهُمْ بِالْجَنَّةِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ .

ابن عبد السلام : جعل المصنف الخلاف في مشهور العدالة ، وهو صحيح ؛ ألا ترى إلى احتجاج أصبغ ، وبعضهم أشار إلى أن الخلاف فيمن لم تتحقق عدالته ، وأما مشهور العدالة فيتفق عنده على أن لا يعزل بمجرد الشكوى .

أصبغ : وإذا علمت الشكية وتظاهرت فليوقفه بعد عزله للناس ؛ ليرفع من يرفع ، ويحقق من يحقق ، فقد وقف عمر سعداً فلم يصح عليه شيء من المكروه رضي الله عنهما ، وقد دعا على من كذب عليه في تلك القضية فاستجيب له فيه .

ولأشهب في «المجموعة» : إذا شكى القاضي في أحكامه وميله بغير حق ، فينبغي للإمام أن ينظر في أمره قَلَّ شَاكُوهُ أَوْ كَثُرُوا ، فيبعث إلى رجال من أهل بلده ممن يثق بهم فيسألهم عنه سرا ، فإن صدقوا قول الشكاة عزله ونظر في أفضيته فيمضي ما وافق الحق ويبطل ما خالفه ، وإن قال مَنْ سَأَلَهُمْ عَنْهُ : لم نعلم إلا خيراً وهو عدل عندنا ، ثبتته وتفقد أفضيته ، فما خالف السنة رَدَّهُ وما وافقها أمضاه ، ويحمل على أنه لم يعتمد جوراً ولكنه أخطأ .

مطرف وأشهب : وينبغي للإمام ألا يغفل عن التفقد لقضاته ، فإنهم سنام أمره ورأس سلطانه .

ابن عبد السلام : وفي النفس شيء من احتجاج الفقهاء في مسألة القضاء بقضية سعد ونحوها من الأمراء ، وذلك أن الأمير نظره أوسع من نظر القاضي ، فإن نظره مقصور على مسائل الخصام ، وهو مستند فيها إلى الإقرار والبينة وشبه ذلك من الطرق فيظهر عدله وتبعد التهمة في حقه .

وَإِذَا عَزَلَهُ عَنْ سُخْطِ فَلْيُظْهِرْهُ ، وَعَنْ غَيْرِهِ فَلْيَبْرِئْهُ ، وَقَدْ عَزَلَ عُمَرُ شُرْحِبِيلَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا فَقَالَ : أَعَنْ سُخْطَ يَا أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ ؟ فَقَالَ : لَا ، لَكِنْ وَجَدْتُ مَنْ هُوَ أَقْوَى مِنْكَ ، فَقَالَ : إِنَّ عَزْلَكَ عَيْبٌ ؛ فَأَخْبِرِ النَّاسَ بِعُدْرِي ، فَفَعَلَ

كلامه ظاهر تصوراً وتصديقاً ، وإنما تظهر الجرحة لثلاث يتولى بعد ذلك ، وما ذكره من قضية شرحبيل هكذا ذكرها سحنون في «المجموعة» .

ابن عبد السلام : وليس فيها كبير حجة ؛ لأن شرحبيل طلب ذلك ، انتهى ، وفي القضية نظر من وجه آخر ؛ لأن ما نقله صاحب «الاستيعاب»^(١) يخالفها ، لأنه نقل أن شرحبيل صيره أبو بكر وعمر رضي الله عنهما على جيش الشام ولم يزل والياً على بعض نواحي الشام لعمر إلى أن هلك في طاعون عمواس مع أبي عبيدة بن الجراح رضي الله عنهم في يوم واحد سنة ثمان عشرة ، واستعمل المصنف شرحبيل غير منصرف ، وكذلك ذكره الزبيدي .

وقال صاحب «المحكم» : شرحبيل اسم رجل ، وقيل : هو أعجمي ، هذا يشعر بالخلاف في صرفه .

وَإِذَا مَاتَ الْمُسْتَخْلَفُ لَمْ يَنْعَزَلْ مُسْتَخْلَفُهُ وَلَوْ كَانَ الْخَلِيفَةَ

(المُسْتَخْلَفُ) بكسر اللام و (مُسْتَخْلَفُهُ) بفتحها ، وظاهره الإطلاق ؛ فيتناول الإمام والأمير والقاضي ، وهو مقيد بما عدا القاضي ونائبه ، فإن نائب القاضي ينعزل بموت القاضي ، نص عليه مطرف وأصبغ وابن حبيب .
ابن رشد : ولا أعلمهم اختلفوا فيه .

قيل : ولعله أراد المتقدمين ، وإلا فقد نقل ابن العطار الخلاف عن فقهاء زمانه في موت الإمام ، وجعلوا مثله مقدم القاضي على النظر للأيتام .

ابن عبد السلام : وعندني أن ما قالوه من انعزال نائب القاضي بموت القاضي صحيح إن كان استتاب بمقتضى الولاية على القول بأن له ذلك ، وأما إن استتاب رجلاً معيناً بإذن الأمير أو الخليفة فينبغي ألا ينعزل ذلك النائب بموت القاضي ، ولو أذن له في النيابة إذناً مطلقاً فاختار القاضي رجلاً ففي انعزال هذا الرجل بموت القاضي نظر .

وانظر ما الفرق بين نائب القاضي في انعزاله ونائب الأمير أو الخليفة في عدم انعزاله ؟ وقد استشكل فضل وغيره الفرق بينهما .

فإن قلت : ما وجه المبالغة بقوله : ولو كان الخليفة ؟ قيل : لأن الأمير إذا كان مأذوناً له في الولاية فكأن الخليفة ولاه ، فإذا مات الأمير بقي القاضي كأنه مولى من جهة الخليفة ، بخلاف موت الخليفة .

(١) «الاستيعاب» (١/٢١١) .

فإن قيل : وما الفرق بين الوكيل في عزله بموت موكله وبين القاضي المقدم من الأمير أو الخليفة؟ قيل : لأن القاضي لم يقدم لحق الخليفة أو الأمير ، وإنما قدم لحق المسلمين ؛ فلا يزال والياً حتى يعزله الخليفة أو الأمير الثاني ، بخلاف الوكيل فإن من قدم لمصلحته قد مات .

وَلَوْ قَالَ بَعْدَ الْعَزْلِ : قَضَيْتُ بِكَذَا أَوْ شَهِدَ بِأَنَّهُ قَضَى لَمْ يُقْبَلْ قَوْلُهُ

لأنه إذا قال : (قَضَيْتُ بِكَذَا) مقر على غيره ، وإذا شهد بأنه قضى فشاهد على فعل نفسه .

وفي بعض النسخ : (أَوْ شَهِدَ مَعَ عَدْلٍ) وهكذا ذكر سحنون ، قال : وكذلك لو شهد مع رجل فلا ينفذ حتى يشهد اثنان سواه ، ومعناه في «المدونة» ، ففيها^(١) : وإذا مات القاضي أو عزل وفي ديوانه شهادة البينة وعدالتها لم ينظر فيه من ولي بعده ولم يجزه إلا أن تقوم عليه بينة ، وإن قال المعزول : ما في ديواني قد شهدت به البينة عندي ، لم يقبل قوله ولا أراه شاهداً ، فإن لم تقم بينة على ذلك أمرهم القاضي المحدث بإعادة البينة .

وللطالب أن يُحْلَفَ المطلوب بالله تعالى أن هذه الشهادة التي في ديوان القاضي ما شهد عليه بها أحد ، وإن نكل حلف الطالب وثبتت له الشهادة عند الحق .

فإن قيل : لِمَ قَبِلَ المَأْذُونُ فِي دِينٍ يَقْرَبُهُ بَعْدَ الْحَجْرِ عَلَيْهِ ، وَلَمْ يَقْبَلِ قَوْلَ الْقَاضِي بَعْدَ عَزْلِهِ وَكِلَاهُمَا كَانَ مَطْلُوقَ الْيَدِ ؟ قيل : لأن المأذون لا تهمة عليه ؛ إذ ضرر إقراره عليه لتعلقه بذمته ، ألا ترى أنه لو ضاع المال بقي الدين متعلقاً بذمته بخلاف الحاكم فإن أمره قد سقط بالعزل .

وَيَنْبَغِي أَنْ يَنْظَرَ فِي الْمَحْبُوسِينَ وَالْأَوْصِيَاءِ وَأَمْوَالِ الْيَتَامَى

هذا شروع منه فيما يبدأ به القاضي إذا تولى القضاء ، وهكذا قال أصحابنا : إن أول ما ينظر فيه القاضي المحبوسين حتى يعلم من يجب إخراجه من العذاب الذي هو فيه ومن لا يجب ؛ لأن الضرر في ذلك أشد من الضرر في الأموال ، ثم ينظر في الأوصياء ثم في المقدمين ؛ لكون من تكون له مطالبة عليهم قد لا يعرب عن نفسه ، ثم في اللقطة والضوال ثم بين الخصوم ، هكذا ذكر المازري هذا بـ (ثم) والمصنف اكتفى بالتقديم اللفظي .

أصبغ : وينبغي للقاضي إذا قعد أن يأمر بالنداء في الناس : إن كل يتيم لم يبلغ ولا

وصي له ولا وكيل، وكل سفيه مستوجب الولاية فقد منعت الناس مداينته ومتاجرته ومن علم أحدا من هؤلاء فليرفعه إلينا لنسولي عليه، فمن دابنه بعد أو باع منه أو ابتاع فهو مردود.

المازري: وإذا ولي قضاء غير بلده فينبغي أن يسأل عن أحوال عدول ذلك البلد قبل خروجه إليه إن كان بمكانه من يعرف حالهم حتى يكون قدومه على خبرة من حالهم، وقد يفتقر إلى الاستعانة في حال قدومه بأحد منهم فيكون قد عرف حال من استعان به، وينادي مناد يشعر الناس باجتماعهم لقراءة سجله المكتوب بولايته، فإذا فرغ نظر في مكانه الذي يجلس فيه، والعدل أن يكون في وسط البلد.

وَيَخْتَارُ الْكَاتِبَ وَالْمُرْجِمَ

أي: يختار الكاتب باعتبار أن يكون أعدل الموجودين، ففي «المدونة»^(١): لا يستكتب القاضي أهل الذمة في شيء من أمور المسلمين إلا العدول المرضيين.

مطرف وابن الماجشون وأصبغ: سواء غاب الكاتب عن كتابته أو لم يغب، فلا يكون إلا من أهل العدالة والرضا، وظاهر ما نقله المتيطي عن ابن المواز عدالة الكاتب من باب الأولى، لأنه قال: وقال ابن المواز: ينبغي أن يكون كاتبه عدلاً فقيهاً يكتب بين يديه ثم ينظر هو فيه، لكن قال اللخمي: لا يبعد حمل قول محمد على الوجوب.

وقال المازري: ينبغي أن ينظر القاضي فيما يكتبه؛ لاحتمال أن يزيد أو ينقص غلطاً أو سهواً أو تعمداً لرشوة يأخذها.

وإن كان غير ثقة فلا بد من إطلاع القاضي على ما يكتبه، فيجلسه قريباً بحيث يشاهد ما يكتب عنده، وإن كان عدلاً فالذهب أنه مأمور بالنظر إلى ما يكتب، وقد ترجم بعض أشياخي في وجوب ذلك على القاضي إذا كان الكاتب عدلاً؛ لأنه إذا شاهد ما كتب أشهد على نفسه بأمر يتيقنه، وإذا عوّل على تصديق الكاتب العدل اقتصر على أمر مظنون مع قدرته على اليقين.

وقوله: (وَالْمُرْجِمَ) ظاهره الاكتفاء بالواحد.

أشهب: وينبغي للقاضي أن يتخذ رجلاً صالحاً مأموناً متبهاً، أو رجلين بهذه الصفة؛

(١) «المدونة» (٤/٢٦٢).

يسألان له عن الشهود في السر في مساكنهم وأعمالهم ، وإن قدر ألا يعرف من يسأل له فذلك حسن .

قال : ولا ينبغي للمكشف أن يسأل رجلاً واحداً أو اثنين ، وليسأل ثلاثة أو أربعة أو أكثر ؛ خيفة أن يزكيه أهل وُدّه بخلاف ما يعلمه اثنان أو ثلاثة من غيرهم ، أو يسأل عنه عدواً فيجرحه ، وينبغي للقاضي ألا يضع أذنه للناس في الناس .

ابن الماجشون : وكل ما يتدنى فيه القاضي السؤال عنه والكشف يقبل فيه قول الواحد ، وما لم يتدنه هو ، وإنما يتدنى به في ظاهر أو باطن فلا بد من شاهدين فيه .

وفي «الجواهر»^(١) : ويشترط العدد في المزكي والمترجم دون الكاتب ، وقال الشيخ أبو إسحاق : إن ترجم عنه واحد أجزاءه ، واختار القاضي أبو الحسن أنه إن كان الإقرار بمال قبل في الترجمة شاهد وامرأتان ، وروى أشهب وابن نافع : يترجم للقاضي رجل ثقة مسلم مأمون ، واثنان أحب إلينا ، والواحد يجزئ ، ولا يقبل ترجمة كافر أو عبد أو مسخوط ، ولا بأس أن يقبل ترجمة امرأة إذا كانت عدلة ، وروى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون : إذا لم يجد من الرجال من يترجم له ، قالوا : وامرأتان ورجل أحب إلينا، انتهى .

وقال سحنون : لا تقبل ترجمة النساء ولا ترجمة رجل واحد ولا ترجمة من لا تجوز شهادته ؛ لأن من لا يفهم قوله كالعائب عنه ، وقيد صاحب «البيان» ما وقع له من أنه لا يقبل ترجمة الكافر والعبد والمسخوط بوجود العدل ، ولو اضطر إليهم لعمل على قولهم كقول الطيب النصراني ، وغير العدل مما يضطر إليه .

والخلاف في اشتراط الواحد أو الاثنين مبني على أنه من باب الخبر أو الشهادة ، لكن ضعف فضل كونه من باب الخبر ؛ لأنه لو كان كذلك لقبيل العبد والمسخوط .

وَيَتَّخِذُ مَجْلِساً يَصِلُ إِلَيْهِ فِيهِ الضَّعِيفُ وَالْمَرْأَةُ ، وَفِي «المدونة» : وَالْقَضَاءُ فِي الْمَسْجِدِ مِنْ الْحَقِّ وَالْأَمْرِ الْقَدِيمِ

ابن شعبان : من العدل أن يكون منزل القاضي متوسطاً من المصر ، ويجلس متربعا مستقبل القبلة عليه السكينة والوقار ، أو محتبياً .

(١) «الجواهر» (٣/١٣٠) .

مطرف وابن الماجشون : ولا ينبغي للقاضي أن يتضحك مع الناس ، ويستحب أن تكون فيه عبوسة بغير غضب ، وأن يلزم التواضع والتقرب من غير وهن .

وكلامه في «المدونة» يدل على استحباب القضاء في المسجد ، وأتى المصنف بكلامه في «المدونة» إما استشهاداً لما ذكره من اتخاذ مجلس يصل إليه الضعيف والمرأة ، وإما استشكالاً؛ لأنه قد تدخله الحائض والجنب من غير شعور بهما ، ويؤدي إلى رفع الأصوات فيه ، ولهذا مال إلى الكراهة بعض الأندلسيين .

وَقَالَ مَالِكٌ رَحِمَهُ اللَّهُ : إِنْ مَنْ أَدْرَكَتُ مِنَ الْقَضَاةِ لَا يَجْلِسُونَ إِلَّا فِي رَحَابِ الْمَسْجِدِ ؛ فَسَمَّيْتُ رَحْبَةَ الْقَضَاةِ ، وَإِنِّي لَأَسْتَحِبُّهُ فِي الْأَمْصَارِ مِنْ غَيْرِ تَضْيِيقٍ ؛ لِيَصِلَ إِلَيْهِ الْحَائِضُ وَالذَّمِّيُّ ...

هذا لمالك في «الواضحة» من رواية مطرف وابن الماجشون ، وحمله اللخمي على الخلاف فقال : اختلف في الموضوع الذي يجلس فيه للقضاء على ثلاثة أقوال :

فقال في «المدونة»^(١) : القضاء في المسجد من الأمر القديم .

وقال في «الواضحة» : كان من مضى من القضاة لا يجلسون إلا في رحاب المسجد خارجاً إما عند موضع الجنائز وإما في رحبة دار مروان وما كانت تسمى إلا رحبة القضاة .
مالك : وإنني لأستحب ذلك في الأمصار من غير تضيق ليصل إليه اليهودي والنصراني والضعيف .

وقال أشهب : لا بأس أن يقضي في منزله وحيث أحب ، ففهم اللخمي عن أشهب أنه لا فرق بين المسجد ومنزله وغيرهما ، وفهم غيره عنه أن أشهب إنما أراد تساوي المنزل وغيره في أصل الإباحة ، ولا يخالف في استحباب المسجد ، فلا يكون قوله ثالثاً ، واحتج على جواز القضاء في المسجد بقوله تعالى : ﴿ إِذْ تَسَوَّرُوا الْمِحْرَابَ ﴾ [ص: ٢١] إلى قوله : ﴿ فَاحْكُم بَيْنَنَا بِالْحَقِّ ﴾ [ص: ٢٢] وبأنه ﷺ قضى فيه وبأن قاضي عمر بن عبد العزيز كان يقضي فيه ، والأقرب في زماننا الكراهة لكثرة التساهل في العياض في المسجد ، والله أعلم .

وَلَا تَقَامُ الْحُدُودُ فِي الْمَسْجِدِ ، وَيُعَزَّرُ التَّعْزِيرَ الْبَسِيراً

نحوه في «المدونة»^(١) ، ومالك : كاختمسة الأسواط والعشرة .

وقوله : (وَلَا تَقَامُ) هو محتمل للمنع ؛ لأنه ذريعة إلى أن يخرج منه ما ينجس المسجد ، والكراهة تنزيها له .

فرع : وللقاضي أن يتخذ بواباً وحاجباً .

قَالَ مَالِكٌ : وَلَيْسَ عَلَيْهِ أَنْ يَتَعَبَ نَفْسَهُ نَهَارَهُ كُلَّهُ ، وَإِنِّي أَخَافُ أَنْ يَكْثُرَ فَيُخْطِئَ

قال في «المدونة»^(٢) : ولا ينبغي للقاضي أن يكثر الجلوس جداً .

وفي «الموازية» لمالك : ينبغي أن يكون جلوسه في ساعات من النهار ؛ لأنني أخاف أن يكثر فيخطئ ، وليس عليه أن يتعب نفسه للناس نهاره كله .

وكلام مالك أولاً يشعر عرفاً بإباحة إتعاب نفسه ، وكلامه آخراً يشعر بمنعه من ذلك ، ولعله استعمل الكلام الأول بحسب أصل اللغة ؛ فإن المكروه والمحرم ليس على الإنسان فعلهما .

وَلَا يَنْبَغِي أَنْ يَجْلِسَ أَيَّامَ النَّخْرِ وَيَوْمَ الْفِطْرِ وَيَوْمَ سَفَرِ الْحَاجِّ وَقُدُومِهِ وَفِي كَثْرَةِ الْمَطَرِ وَالْوَحْلِ ؛ لِأَنَّهُ يَضُرُّ بِالنَّاسِ ، وَبَعْدَ الصُّبْحِ وَبَيْنَ الظُّهْرِ وَالْعَصْرِ وَبَيْنَ الْعِشَاءِ بَيْنَ

لأن للناس اشتغالاً في هذه الأيام ، وكذلك يوم التروية ونحو ذلك ، ويوم عرفة ، وكلامه ظاهر .

قال علماؤنا : وينبغي أن يكون جلوس القاضي معلوماً لا يختلف ؛ لأنه إذا اختلف جلوسه انقطعوا عن مهماتهم لعدم معرفتهم بوقت جلوسه .

ابن الماجشون ومطرف بعد أن ذكرا نحواً مما قاله المصنف : وما علمنا من فعله من القضاة إلا لأمر يحدث في تلك الأوقات فلا بأس أن يأمر فيها وينهى ويسجن ، ويرسل للأمر أو الشرط ، وأما الحكم فلا .

ولأشهب : لا بأس أن يقضي بين المغرب والعشاء إذا رضي الخصمان ، فأما أن يكلف

(١) «المدونة» (١٢/١٤٤) .

(٢) «تهذيب المدونة» (٣/٢٢٣) .

كأه الخصومة فلا ، ولا بأس أن يقضي بعد أذان الظهر والعصر والمغرب والعشاء ويرسل إلى الخصم يحضره ثم يقضي عليه إن شاء .

والوحد : هو الطين الجاري .

وَفِي كَرَاهَةِ حُكْمِهِ فِي مَرُورِهِ إِلَى الْمَسْجِدِ قَوْلَانِ

الكراهة لسحنون ومطرف وابن الماجشون وأشهب ، والجواز لأشهب أيضاً بشرط ألا يشغله المسير ورحبة الناس والنظر إليهم ؛ لأن ذلك يمنع من الفكر التام وليس لمروره إلى المسجد خصوصية ، بل كل مسير كذلك .

ولا بأس أن يقضي وهو متكئ ، نقله ابن زرقون ، وقال اللخمي : ولا يحكم متكئاً ، لأن فيه استخفافاً بالحاضرين ، وللعلم حرمة .

واختلف القرويون إذا أراد المسلم خصام اليهودي يوم السبت هل يمكن من ذلك أم لا ؟ والمازري : وألف بعضهم على بعض في ذلك .

وَلَا يَحْكُمُ فِي حَالِ غَضَبٍ وَلَا جُوعٍ ، وَلَا مَا يُدْهَسُ عَنِ الْفِكْرِ

لما في البخاري عنه عليه السلام : «ولا يحكم أحد بين اثنين وهو غضبان» (١) .

وخرَّجَ الدارقطني من حديث أبي سعيد الخدري رضي الله عنه قال : قال رسول الله ﷺ : «لا يقضي القاضي إلا وهو شعبان ريان» (٢) ، فذكر الحكم مع وصف مناسب له ، ففهم منه أن المقصود ما يشوش الفكر .

قال في «المدونة» (٣) : وإذا دخله هم أو ضجر فليقم .

وأجاز له أشهب وابن عبد الحكم إجماع نفسه في الحديث في مجلس قضاته ؛ ليرجع إليه فهمه ، ومنعه مطرف وابن الماجشون وابن حبيب لظاهر «المدونة» .

اللخمي : والأول أحسن ، وهو أحب من قيامه وصرف الناس .

(١) أخرجه البخاري (٦٧٣٩) ومسلم (١٧/٧) . من حديث أبي بكره - رضي الله عنه -

(٢) أخرجه الدارقطني (٢٠٦/٤) والطبراني في «الأوسط» (٤٦٠٣) والبيهقي في «الكبرى» (٢٠٠٦٩) . وقال الهيثمي : رواه الطبراني في الأوسط وفيه القاسم بن عبد الله بن عمر ،

وهو متروك كذاب ، وقال : لا يروي عن النبي ﷺ بهذا الإسناد .

(٣) «تهذيب المدونة» (٢٢٣/٣) .

فرع :

فإن حكم في حال غضب مضى ، وفرق ابن حبيب بين القليل والكثير .
 وَيَبْنِي أَنْ يَحْكُمَ بِمَحْضَرِ الْعُدُولِ ؛ لِيُنْقَلُوا الْإِقْرَارَ فَيَحْكُمَ بِهِ ، وَيَكْتُبُهُ خَشْيَةَ نَسْيَانِهِ ...
 ظاهر قوله : (ويَبْنِي) أنه ليس بواجب ، وقال المازري : يؤمر بذلك ويتأكد الأمر
 على القول بأن القاضي لا يحكم بعلمه ، وقال اللخمي : لا يجلس للقضاء إلا بمحضر
 عدول ليحفظوا إقرار الخصوم خوف رجوع بعضهم عن ما يقرُّ به ، وإن كان ممن يحكم
 بعلمه ، فإن أخذ بما لا خلاف فيه أحسن .

ابن راشد : مذهب مالك وابن القاسم أن القاضي إذا سمع إقرار الخصم لا يحكم
 بإقراره عليه حتى يشهد بإقراره شاهدان ، ثم يحكم بما سمع وإن لم يشهد عنده بذلك .
 ابن الماجشون : والذي عليه قضاة المدينة ، ولا أعلم أن مالكا قال غيره - أنه يقضي بما
 سمع منه وأقر به عنده ، وأنهم رأوا أن الخصمين لما جلسا للخصومة رضيا أن يحكم بينهما
 بما أقرأ به ولذلك قعدوا ، والأول هو المشهور .
 خليل : وإن كان الأول هو المشهور فيكون إحضاره للشهود واجبا ، وإلا فلا فائدة في
 جلوسه .

وقوله : (ويَكْتُبُهُ) مرفوع مستأنف ؛ أي : ويأمر كاتبه أن يكتب الحكم خيفة نسيانه ،
 ويحتمل (ويكتب) بالنصب ؛ أي : ويأمر كاتبه بشرح الدعوى والإنكار واسم المسألة
 وأسماء المتداعيين وأنساب الجميع وما يعرفون به وما يحكم به بينهما ، ويحفظه في خريطة
 أو جراب أو غيره ، ويختم عليه حتى لا ينسأه ، ويكتب عليه خصومة فلان في شهر كذا
 من سنة كذا ، ويجعل خصومة كل شهر على حدة .

وَقَالَ أَشْهَبُ وَمُحَمَّدٌ : وَبِمَحْضَرِ أَهْلِ الْعِلْمِ وَمُشَاوَرَتِهِمْ كَعُثْمَانَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، وَقَالَ
 مُطَرِّفٌ وَابْنُ الْمَاجِشُونِ : لَا يَبْنِي أَنْ يُحْضَرَهُمْ وَلَكِنْ يَسْتَشِيرُهُمْ كَعُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ
 هذا معطوف على قوله : (بِمَحْضَرِ الْعُدُولِ) .

وقوله : (كَعُثْمَانَ) إشارة إلى ما حكاه أشهب أن عثمان رضي الله عنه كان إذا جلس
 للقضاء أحضر أربعة من الصحابة رضي الله عنهم ثم استشارهم ، فإذا رأوا ما رآه أمضاه ،
 وقال مطرف : فلا ينبغي أن يحضرهم كفعل عمر .

وقيده اللخمي بألا يكون مقلداً فلا يسعه القضاء بغير محضرهم .

المازري : وقول مطرف وغيره وإنما هو إذا كان فِكرُ القاضي في حال حضورهم كعدم حضورهم معه ، وأما إن كان حضورهم يُكسبهُ ضجراً حتى لا يمكنه التأمل لما هو فيه فإنه يرتفع الخلاف ، وكذلك إذا كان القاضي من البلادة على حالة لا يمكنه ضبط قول الخصمين وتصور مقاصدهما حتى يستغنى عنه - فإنه يرتفع أيضاً الخلاف ، ولا يختلف في وجوب حضورهم .

وَلَا يَنْبَغِي لِقَاضٍ أَنْ يَتَّقَ بَرَأِيَهُ وَيَتْرَكَ الْمَشَاوِرَةَ وَيَسْتَكْبِرَ عَنْهَا ، فَقَدْ سَأَلَ أَبُو بَكْرٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ عَلَى الْمَنْبَرِ عَنِ الْجَدَّةِ ، وَعَمْرُ زَيْدِ بْنِ ثَابِتٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا عَنِ الْجَدِّ ، وَسَأَلَ عَنْ مِيرَاثِ الْمَرْأَةِ مِنْ دِيَةِ زَوْجِهَا

هو ظاهر التصور ؛ لأن الجماعة إذا فكروا كان ما اتفقوا عليه أوثق في النفس ، وقد ورد الشرع بها فقال لنبية ﷺ : ﴿ وَشَاوِرُهُمْ فِي الْأَمْرِ ﴾ [آل عمران: 1٥٩] ، وهو إن كان المراد منه أمور الحرب فالجميع سواء ، وبالغ الشافعي في هذا حتى قال : يجمع المخالفين له في المذهب ويشاورهم كما تقدم .

ابن عطية في تفسيره : ومن لا يستشير أهل العلم والدين فعزله واجب ، هذا ما لا خلاف فيه .

سحنون : ولا يستشير من يشهد عنده فيما شهد فيه بعض من تكلم على هذا الموضع ، ولم يقع في «الموطأ» و«أبي داود» و«الترمذي» و«النسائي» في قصة عمر أنه سأل ، وإنما ذكر عمر أنها لا ترث من الدية فأخبره الضحاك بن سفيان الكلابي أن رسول الله ﷺ ورث امرأة أشيم الضبابي من دية زوجها^(١) .

وَلَا يُفْتِي الْحَاكِمُ فِي الْخُصُومَاتِ ، وَقَالَ ابْنُ عَبْدِ الْحَكَمِ : لَا بَأْسَ بِهِ كَالْخُلَفَاءِ الْأَرْبَعَةِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ

يعني : أن له الإفتاء في غير مسائل الخصام ، والمشهور أنه لا يفتي في الخصام ؛ لأن

(١) أخرجه مالك (١٥٥٦) وأبو داود (٢٩٢٧) والترمذي (١٤١٥) وابن ماجه (٢٦٤٢) وأحمد (١٥٧٨٣) والدارقطني (٧٧/٤) والبيهقي في « الكبرى » (١٥٨٤٣) وصححه الألباني -

إفتاءه في ذلك من إعانة الخصوم على الفجور ؛ لأنهم إذا عرفوا مذهب القاضي تحيلوا في التوصل إلى ذلك المذهب أو في الانتقال عنه ، وأيضاً فإذا علم مذهبه يكون مشروطاً بشرط ، فمن لا يعرف ذلك الشرط اعتقد في القاضي - إذا لم يحكم بذلك المذهب لعدم ذلك الشرط - أنه مال عن الحق ، وأجاز له ابن عبد الحكم ذلك بغيرها ؛ لأنه لم ينقل عن الخلفاء التوقف في مسائل الخصام .

وَلَا يَشْتَرِي بِنَفْسِهِ وَلَا بِوَكِيلٍ مَعْرُوفٍ

ظاهرة في مجلس قضاؤه وغيره ، ونحوه ذكر ابن شاس^(١) ، وبمعناه عن محمد بن عبد الحكم .

ابن عبد السلام : ولا تبعد صحته ، إلا أن المازري وغيره ذكروا عن المذهب ما يدل على جواز بيعه وشرائه ابتداءً ، وحكى المازري عن الشافعي مثل ما حكاه المؤلف هنا ، انتهى .

أي : لأن المازري نقل عن أصحاب مالك أنهم أجازوا للقاضي الشراء إذا لم يكن في مجلس قضاؤه ، ولم يجيزوا له ذلك في مجلس قضاؤه ؛ لما فيه من شغل باله .
مطرف وابن الماجشون : ولا يشتغل في مجلس قضاؤه بالبيع والابتاع لنفسه .

سحنون : وتركه أفضل ، قال : ولا بأس بذلك في غير مجلس قضاؤه له أو لغيره ، وما باع أو ابتاع في مجلس قضاؤه فنافذ ، إلا أن يكون أكره غيره على هضمه فليس هذا يعدل وهو مردود ، كان في مجلس قضاؤه أو غيره ، والذي ذكره المازري هو الذي في «النوادر»^(٢) وغيرها .

وَيَتَوَرَّعُ عَنِ الْعَارِيَةِ وَالسَّلْفِ وَالْقِرَاضِ وَالْإِبْضَاعِ وَالْوَلَايَمِ ، إِلَّا وَكَيْمَةَ النَّكَاحِ الْعَامَّةِ ،
وَلَا بَأْسَ بِأَكْلِهِ فِيهَا

ظاهر كلامه أن هذه الأمور أخف من المبايعه ؛ لتعبيره في الشراء ب (لا يفعل) وهنا (يَتَوَرَّعُ) والعكس أولى ؛ لأن العارية ونحوها انتفاع بمال غيره بغير عوض ، وفي التي قبلها إنما يتوهم ذلك ولا يتحقق ، لكن هذه الأشياء إلا الوليمة ذكرها مطرف وابن

(١) « الجواهر » (٣/١٤٠) .

(٢) « النوادر والزيادات » (٨/٢٦) .

الماجشون بهذه العبارة ، وهما فد أجازا الشراء فلا تناقض على مذهبهما ، وإنما الإشكال على ما ذكره المصنف لا يقال : أنت نقلت عنهما أنه يتنزه عن الشراء ؛ لأننا نقول : التنزه لا ينافي الجواز .

مطرف وابن الماجشون : ولا ينبغي له أن يجيب الداعي إلا في الوليمة وحدها للحديث ، ثم إن شاء أكل أو ترك .

وقال أشهب : لا بأس أن يجيب الدعوة العامة ، كانت وليمة أو صنيعاً عاماً لفرح ، فأما أن يدعى مع عامة لغير فرح فلا .

وقال سحنون : يجيب العامة دون الخاصة ، والتنزه أحسن .

ابن المواز : وكره مالك لأهل الفضل أن يجيبوا كل من دعاهم ، ولا بأس للقاضي بحضور الجنائز وعبادة المرضى ، وتسليمه على أهل المجالس ، وردة على من سلم عليه ، ولا ينبغي إلا ذلك .

وَلَا يَقْبَلُ هَدِيَّةً مُطْلَقًا وَلَوْ كَافًا عَلَيْهَا أضعافها ، إِلَّا مِنْ وَلَدِهِ أَوْ وَالِدِهِ وَأَشْبَاهِهِمْ
ظاهر قوله : (وَلَا يَقْبَلُ) المنع ، وعليه ينبغي أن يحمل قوله .

ابن حبيب : لم يختلف العلماء في كراهة قبول الإمام الأكبر وقاضيه وجباة أموال المسلمين الهدايا ، قال : وهو مذهب مالك وأهل السنة ، وذلك كما قال ربيعة : إنها ذريعة إلي الرشوة ، ولهذا قال عليه السلام في العامل الذي بعثه على الصدقة فقال : هذا لكم وهذا أهدي لي : «ما بال عامل أبعثه فيقول : هذا لكم وهذا لي ، أفلا قعد في بيت أبيه أو بيت أمه حتى ينظر أيهدى إليه أم لا ؟! والذي نفس محمد بيده لا يتال أحد منكم منها شيئاً إلا جاء يوم القيامة يحمله على عنقه ؛ بعير له رغاء ، أو بقرة لها خوار ، أو شاة تيعر ، ثم رفع يديه حتى رأينا عفرتي إبطيه ، ثم قال : اللهم هل بلغت» مرتين وقال ﷺ في مثل هذا : «إنه غلول»^(١) .

وقوله : (مُطْلَقًا) أي : سواء كانت حال الخصام أو قبله ، ولو كافاً عليها أضعافها .

وعن أشهب جواز قبولها من غير الخصوم إذا كافاً عليها بمثلها .

ثم استثنى الولد والوالد ، ونحوهم من الحالة والعمة و بنت الأخ ؛ لارتفاع التهمة ؛

لأنه معلوم أن بينه وبين أبيه وولده من الحرمة وشدة الميل ما لا يحتاج معه إلى تأكيد الهدية، ولأن مثل هؤلاء إنما تطرق التهمة إلى القاضي إذا حكم من جهة القرابة من الهدية، بخلاف الأجانب والأقارب البعداء على عاداتهم من إهدائهم له قبل الولاية، ومنعهم على قولين : الجواز لابن عبد الحكم .

ابن حبيب : ويأخذ الإمام من قضاياه وعماله ما وجد في أيديهم زائداً على ما ارتزقوه من بيت المال ، ويحصى ما عند القاضي حين ولايته ، ويأخذ ما اكتسبه زائداً ، وقدر أن هذا التكبس إنما اكتسبه بجاه القضاء ، وتأول أن مقاسمة عمر رضي الله عنه ومشاطرته لعماله كأبي موسى وأبي هريرة وغيرهما رضي الله عنهم إنما فعل ذلك لما أشكل عليه مقدار ما اكتسبه بالقضاء والعمالة .

وَيَنْبَغِي أَنْ يَمْنَعَ الرَّأكِبِينَ مَعَهُ ، وَالْمُصَاحِبِينَ وَالْمُلَازِمِينَ فِي غَيْرِ حَاجَةٍ ، وَيُخَفَّفُ مِنَ الْأَعْوَانِ مَا اسْتَطَاعَ

ابن عبد السلام : لأن بكثرتهم تعظم عنده نفسه ، ويستأكل من معه بذلك أموال الناس، ولأن الأعوان إنما يعيشون غالباً من تجنّب الخصوم وقلب الأحكام ، خلاف ما كانوا عليه أيام سحنون أن لهم أرزاقاً من بيت المال .

مطرف وابن الماجشون : ولو استغنى عن الأعوان أصلاً لكان أحب إلينا .

وَيَجِبُ عَلَيْهِ أَنْ يُؤَدِّبَ أَحَدَ الْخَصْمَيْنِ إِذَا أَسَاءَ عَلَى الْآخَرِ مَا يَسْتَحِقُّهُ

ظاهره أن الحق في ذلك لله تعالى ؛ لانتهاك حرمة مجلس الحكم ، ونحوه لمطرف وابن الماجشون ، قالوا : إذا شتم الخصم فقال : يا فاجر ، يا ظالم ، ونحو ذلك فليزجره وليضربه على مثل هذا ما لم تكن فلتة من ذي مروءة فليتجاف عن ضربه .

ابن عبد السلام : ولا يُعَدُّ الفقهاء تكذيب أحد الخصمين فيما ادعى عليه وشبه ذلك من السباب ، ولو كان بصيغة كذب وشبهها من ذلك ، انتهى .

ومن أحكام ابن زياد : ومن قال للشهود أو لأهل الفتوى : تشهدون أو تفتون علي ، لا أدري من أكلم كأنه ذهب مذهب التويخ لهم ، فقال ابن كنانة وابن غالب : يؤدب أدباً وجيلاً .

وفي «المجموعة» : إذا قال للشاهد : شهدت علي بالزور وقصدته أذاه نُكِّلَ بقدر حالهما، وإن كان إنما عنى : أن الذي شهدت به علي باطل لم يعاقب .

وَيَنْبَغِي ذَلِكَ إِذَا أَسَاءَ عَلَى الْحَاكِمِ ، إِلَّا فِي مِثْلِ : اتَّقِ اللَّهَ فِي أَمْرِي وَشَبِّهِهِ ، وَلَا يُعْظَمُ عَلَيْهِ...

عبر في الأول بـ (يَجِبُ) وهنا بـ (يَنْبَغِي) وكذلك فعل مطرف وابن الماجشون ، ووجهه ظاهر ؛ لأنه هنا كالمتمم لنفسه ، وليس هو حقيقة ، ولهذا قال مطرف وابن الماجشون : إن الأدب في مثل هذا أمثل من العفو .

ابن عبد السلام : وظاهر كلام مالك أن هذه المسألة في الوجوب كالتي قبلها ؛ لأنه روي عن ابن القاسم : إن قال : ظلمتني فذلك يختلف ، فإن أراد بذلك أذى القاضي وكان القاضي من أهل الفضل فليعاقبه .

قوله : (إِلَّا فِي مِثْلِ : اتَّقِ اللَّهَ...إِلخ) هذا لابن عبد الحكم ، زاد : ويجيبه جواباً لئنا ، نحو : رزقني الله تقواه ، أو ما أمرت إلا بخير ، وعلينا وعليك أن نتقي الله ، وليس له من أين يحكم عليه من غير أن يُظْهِرَ لذلك غضباً .

وَيَنْبَغِي أَنْ يَتَّخِذَ مَنْ يُخْبِرُهُ بِمَا يَقُولُ النَّاسُ فِي أَحْكَامِهِمْ وَشُهُودِهِمْ وَسِيرَتِهِ ؛ فَإِنْ فِيهِ تَقْوِيَةٌ عَلَى أَمْرِهِ....

هذا لابن عبد الحكم ؛ لأنه إذا أخبره بما يكره منه تركه ، أو من أعوانه عزَّله بعد الفحص عن أمره .

وَإِذَا صَحَّ عَلَى أَحَدٍ أَنَّهُ يَشْهَدُ بِالزُّورِ وَيَأْخُذُ الْجُمْلَ عَزْرَهُ عَلَى الْمَلَأِ ، وَلَا يَخْلُقُ لَهُ رَأْسًا وَلَا لِحْيَةً....

صح أنه عليه السلام عدَّ شاهد الزور من الكبائر^(١) .

ابن عبد البر^(٢) : وأجمعوا على أنه إذا لم يكن له مخرج بغفلة أو خطأ أو نسيان أنه يؤدب ، وهذا إذا ظهر عليه ، وأما إن جاء تائباً فذكر اللخمي قولين :

الأول لابن القاسم : لو أدبَ لكان لذلك أهلاً .

الثاني لسحنون : لا يعاقب ، وما ذكره المصنف هو لابن عبد الحكم في «النوادر»^(٣) ،

(١) أخرجه البخاري (٢٥١١) ومسلم (٨٧) من حديث أبي بكر رضي الله عنه .

(٢) «الإستذكار» (١٠٢/٧) .

(٣) «النوادر والزيادات» (٣٩٠/٨) .

قال: إذا ثبت عليه أنه يشهد بالزور ، ويأخذ على شهادته الجعل رأيت أن يطاف به ، ويُسَهَّرُ في المَجَالِسِ وَالْحَلَقِ وحيث ما يعرف جماعات الناس ، ويضرب ضرباً موجعاً ، ولا يحلق له رأساً ولا لحية ، ويكتب القاضي بشأته وما ثبت عنده كتاباً ، وينسخه نسخاً يرفعها عند الثقات .

إلا أن الشيخ أجمل في التعزير ، وقد صرح ابن عبد الحكم بأنه على الملاء ، وتبع المصنف في قوله : (وَيَأْخُذُ الْجُعْلَ) الرواية ، ولا مفهوم لذلك ؛ لأن العقوبة المذكورة في المذهب سواء أخذ جعلاً أم لا ، ولعل ابن عبد الحكم ذكر ذلك على الغالب ، ونص مالك على أن التأديب بقدر ما يرى القاضي ، وكذلك نص مالك على أنه يجلد ، ولم يذكر عدداً .

ابن الماجشون : بالسوط .

ابن كنانة : ويكشف عن ظهره .

مالك : ويطاف به في الأسواق والجماعات ويسجن ، ولا أرى الحلق والتسخيم ، ورأى

ابن العربي أن يسود وجهه .

فَإِنْ كَانَ ظَاهِرَ الْعَدَالَةِ فَقَالَ ابْنُ عَبْدِ الْحَكَمِ : لَا تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ أَبَدًا ؛ لِأَنَّهُ لَا تُعْرَفُ تَوْبَتُهُ...

مفهومه: إن لم يكن ظاهر العدالة حين شهد بالزور أنه تقبل شهادته، وفي ذلك قولان:

أحدهما: عدم القبول وهو ظاهر إطلاق «المدونة» ونقله في «النوادر»^(١) عن ابن

القاسم .

وثانيهما : لابن القاسم ، قال في «النوادر»^(٢) : وأظنه للملك : القبول ، فقيل على

هذا: إن كان ظاهر العدالة لم تقبل اتفاقاً ، وإن كان غير ظاهر العدالة فقولان ، وعكس

ابن رشد^(٣) فقال : إن كان ظاهر العدالة فقولان، وإن لم يكن ظاهر العدالة لم تقبل اتفاقاً .

ابن عبد السلام : والطريق الأول أنسب للفقهاء ، والثانية أقرب لظاهر الروايات ؛ لأن ابن

المواز قال : تعرف توبته بالصلاح والتزيد في الخير ، وكذلك أشار إليه ابن الماجشون ؛ لأن

التزيد في الخير لا يكون إلا في ظاهر العدالة .

(١) «النوادر والزيادات» (٨/ ٣٩٠) .

(٢) «النوادر والزيادات» (٨/ ٣٩١) .

(٣) «المقدمات» (٢/ ١٤) .

وَفِي جَوَازِ حُكْمِ الْحَاكِمِ لِمَنْ لَا تَجُوزُ لَهُ شَهَادَتُهُ ثَالِثُهَا : قَالَ ابْنُ الْمَاجِشُونِ : إِلَّا لِرِزْوَجَتِهِ وَبَيْتِمِهِ الَّذِي يَلِي مَالَهُ

الجواز لأصبع إذا لم يكن من أهل التهمة ، قال : وقد يحكم للخليفة وهو أقوى تهمة؛ لتوليته إياه .

والمنع لأشهب ومحمد ومطرف نظراً للتهمة ، واختاره اللخمي ، قال : ولا فرق في ذلك بين الحكم والشهادة .

والترقية لابن الماجشون نظراً إلى قوة التهمة في زوجته وفي بيتيمه الذي يلي ماله وأحرى ولده الصغير ؛ إذ كأنه حكم لنفسه ، وأما غيرهم فلا يتوهم فيه .

وحكى اللخمي رابعاً عن أصبغ أيضاً بالترقية ، فإن قال : ثبت عندي ولا يدرى أثبت عنده أو لم يثبت لم يجز مطلقاً ، وإن حضر الشهود وكانت الشهادة ظاهرة بحق بين جاز إلا لزوجته وولده الصغير وبيتمه الذي يلي ماله ، وأشار اللخمي إلى أنه متى كان الحكم بغير مال وكان ممن يتضمن ما تدركه فيه الحمية أو ما تدفع فيه المعرة لم يجز بحال .

وَلَا يَحْكُمُ عَلَى عَدُوِّهِ

هو متفق عليه ، واتفقهم هنا واختلافهم في الأول يدل على أن مانع العداوة أقوى من مانع المحبة .

وَلَا يَتَعَقَّبُ أَحْكَامَ الْعَدْلِ الْعَالِمِ وَلَا يَنْقُضُ مِنْهَا إِلَّا مَا خَالَفَ الْقَطْعَ أَوْ قَامَتْ بَيْنَهُ عَلَى أَنْ لَهُ فِيهِ رَأْيٌ فَحَكْمٌ بغيرِهِ سَهْوًا

تعقب الأحكام هو اختيارها لينظر ما وافق الحق وما خالفه ، وعلى هذا فالتعقب سابق للنقض وأعم منه ، وقد نفى الأعم فيتنبى الأخص بانتفائه .

وقوله : (الْعَدْلُ الْعَالِمِ) تقسيم منه للقاضي ، وحاصل ما ذكره هو وغيره ثلاثة أقسام : الأول : أن يكون المعلوم من حال القاضي العدالة والعلم فلا يتعقب القاضي الذي يليه أحكامه ؛ لثلا يكثر الهرج والخصام ، إلا أن يخالف في حكمه القطع فينتقض حينئذ .

فإن قلت : لا يعلم ما خالف القطع إلا بعد التعقب ، قيل : يجوز أن يرفع إليه فيظهر خطأه من غير تأمل .

وقوله : (إِلَّا مَا خَالَفَ الْقَطْعَ) نحوه في «الجواهر» وهو يقتضي أنه لا ينقض ما خالف الظن الجلي .

وليس بظاهر ، بل قالوا : إذا خالف نص السنة غير المتواترة أنه ينقض ، ولا يفيد القطع ، نقله ابن عبد السلام عن بعضهم .

وينقض إذا خالف القياس الجلي ، ولهذا قال القرافي^(١) : ينقض حكم الحاكم إذا خالف نص كتاب أو سنة أو إجماعاً أو قياساً جلياً .

ابن حبيب عن ابن الماجشون : ويرد ما اختلف فيه الناس مما في كتاب الله ، أو فيه سنة قائمة عن رسول الله ﷺ كاستسعاء العبد المعتق بعضه ، وشفعة الجار ، أو بعد القسمة والحكم بشهادة النصراني أو اليهودي لمثله ؛ لأنه على خلاف قوله تعالى : ﴿ وَأَشْهَدُوا ذَوِي عَدْلٍ مِّنكُمْ ﴾ [الطلاق: ٢] ، وقوله : ﴿ مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ ﴾ [البقرة: ٢٨٢] ، أو ميراث العممة والخالة والمولى الأسفل ، وكذا ما تواطأ عليه أهل المدينة ، أو شاع العمل به عن الصحابة والتابعين .

وأما ما كان من رأي العلماء أو استحساناً فلا ينقضه وإن كان على خلاف رأي المدينة ، قال : وهذا في كل ما يأخذه الحاكم ويعطيه ، فأما ما هو ترك لما فعل الفاعل مثل الذي يخير امرأته فتختار نفسها - فقد قال بعض الناس : إنها واحدة بائنة - فإن تزوجها قبل زوج فرفع إلى حاكم يرى ذلك فأقره ولم يفرق بينهما ، ثم رفع إلى من ولي بعده فهذا يفسخ نكاحها ويجعله البتة ، وليس إقرار الأول حكماً منه وإن أشهد على ذلك وكتب ، ومثله من حلف بطلاق امرأة إن تزوجها ، ثم نكحها ، أو بعث عبد إن ملكه ثم رفع إلى الحاكم فأقر الملك والنكاح ، أو أقام شاهداً على قتل رجل فرفع إلى من لا يرى القسامة فلم يحكم بها ، ثم رفع ذلك كله إلى من يرى الحكم فليحكم ولا يضره ترك الأول لذلك ؛ لأن تركه ليس بحكم .

قال : وكذلك إن أقام شاهداً عند من لا يرى الشاهد واليمين فلم يحكم به ، ثم رفع إلى من يراه فليحكم وإن كان فيه سنة قائمة ؛ لأن الأول إنما ترك النظر فيه ، وقاله مطرف ، وروى أكثره عن مالك ، وقاله أصبغ .

(١) « الذخيرة » (١٠/٩٥) .

ونقل ابن عبد الحكم عن مالك فيمن طلق البتة فرفع إلى من يراها واحدة فجعلها واحدة ولم يمنعه من نكاحها ، فنكحها الذي أبنتها قبل زوج أنه يفرق بينهما ، وليس هذا من الاختلاف الذي يقر إذا حكم به .

قال ابن عبد الحكم : لا ينقض ذلك كائناً ما كان ، ما لم يكن خطأً بيناً .

فضل : والذي حكاه سحنون عن ابن القاسم ملائم لقول ابن عبد الحكم أنه لا ينقض ما اختلف فيه ، وما كان من جور وخطأً بين لم يختلف الناس في خطئه ورده ، فإن قلت : فهل يأتي كلام المصنف على هذا ؟ قيل : لا ؛ لاحتمال أن يتفقوا على ظن جلي .

والظاهر أن ما ذكره ابن حبيب من الفرق بين أن يعمل أو يترك لا يأتي على مذهب ابن القاسم ، ألا ترى قول المصنف : (وَفِي مِثْلِ تَقْرِيرِ نِكَاحِ بِلَا وِلِيِّ... إلخ) فاعلمه .

المازري : والقول بنقض حكمه باستسعاء العبد بعيد ؛ لأنه قد روى مسلم وغيره حديث الاستسعاء وكذلك الشفعة للجار مع ورود أحاديث تقتضيها .

وقوله : (أَوْ قَامَتْ لَهُ بَيْنَةٌ) أي : فينقض أيضاً ، ومعناه : إذا حضرته البينة وعلمت قصده في الحكم وعدوله عنه على سبيل الخطأ ، فإذا شهدت بذلك البينة عند الثاني نقضه ، هكذا قال ابن محرز .

عياض : وكذلك عندي إذا كان الحاكم يلتزم مذهباً ويحكم بتقليده لا باجتهاده فحكم بحكم من يرى أنه مذهبه وغلط فيه فله هو نقضه دون غيره .

وَأَمَّا الْجَاهِلُ فَيَتَعَقَّبُهَا ، وَيَمْضِي مَا لَمْ يَكُنْ جَوْرًا

هذا هو القسم الثاني ؛ يعني : وأما أحكام العدل الجاهل فيتعقبها ؛ أي : يتصفحها ، ويمضي منها الذي لم يكن جوراً ، وحكى المازري رواية شاذة أن الجاهل تُنْقَضُ أحكامه وإن كان ظاهرها الصواب ؛ لأنه وقع منه من غير قصد .

ابن عبد السلام : وقيد بعضهم ما ذكره المصنف بما إذا كان يشاور أهل العلم في أحكامه ، وأما إذا كان لا يشاورهم فتنقض كلها ؛ لأنه حكم حيثئذ بالحدس والتخمين ، وهو صحيح ، انتهى .

وقال اللخمي : تتعقب أحكام العدل الجاهل ، إلا أن يعلم أنه لا يحكم إلا بعد مشاورة أهل العلم ، ورأى إذا كان يحكم من غير مطالعة أهل العلم أن يرد من أحكامه ما كان مختلفاً فيه ؛ لأن ذلك كان منه تخميناً وحدساً ، والقضاء بذلك باطل .

وَتَبَدُّ أَحْكَامُ الْجَائِرِ ، وَقَالَ أَصْبَغُ : هُوَ كَالْجَاهِلِ .

هذا هو القسم الثالث ، ومعنى (تَبَدُّ) أي : تطرح كلها ، وقد تقدم قول أصبغ أول الباب حيث قال : (وَقَالَ أَصْبَغُ : الْعَدْلُ مِنَ الثَّانِي) يريد : كان عالماً أو جاهلاً .

وَنَقْلُ الْأَمْلاكِ وَفَسْخُ الْعُقُودِ وَشِبْهُهُ وَأَضِحُّ أَنَّهُ حُكْمٌ ، وَفَتْوَاهُ فِي وَاقِعَةٍ وَأَضِحُّ لَهُ أَنَّهُ لَيْسَ بِحُكْمٍ ، وَفِي مِثْلِ تَقْرِيرِ نِكَاحِ بِلَا وَلِيٍّ رُفِعَ إِلَيْهِ فَأَقْرَهُ قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ : حُكْمٌ ، وَقَالَ ابْنُ الْمَاجِشُونَ : لَيْسَ بِحُكْمٍ ، فَلَوْ قَالَ : لَا أُجِيزُهُ وَلَمْ يَفْسَخْهُ فَفَتْيَا

لما قَدَّمَ أن حكم القاضي لا ينقض إلا في مسائل شرع في بيان الحكم ، وجعله ثلاثة أقسام :

الأول : اتفق على أنه حكم كقتل الأملاك من يد إلى يد ، وفسخ العقود من بيع وشراء .

والثاني : اتفق على أنه ليس بحكم كفتواه في واقعة باجتهاده أو مذهبه ؛ لأن الفتوى لا ترفع الخلاف .

والثالث : مختلف فيه كما لو زوجت امرأة نفسها بغير ولي ورفع إلى قاض فأقره ولم يفسخه - فقال ابن القاسم : إقراره له حكم ولا ينقض ، واختاره ابن محرز وقال : لأنه لا فرق بين أن يحكم بإمضائه أو فسخه ، ورأى ابن الماجشون أنه ليس بحكم ، وإنما هو ترك لما فعل الفاعل من ذلك ، وإمساك عن الحكم عليه .

وجملة (رفع إليه فأقره) تفسيرية لقوله : (تَقْرِيرِ نِكَاحِ بِلَا وَلِيٍّ) وقوله : (فَلَوْ قَالَ : لَا أُجِيزُهُ.... إلخ) هو متفق عليه كما قدم .

وَالْحُكْمُ بِالْفَسْخِ لِمُعَارِضِ اجْتِهَادِيٍّ لَا يَقْتَضِي الْفَسْخَ إِذَا تَجَدَّدَ السَّبَبُ ثَانِيًا ، بَلْ يَكُونُ مُعَرِّضًا لِلْاجْتِهَادِ كَفَسْخِ النِّكَاحِ بِرِضَاعِ الْكَبِيرِ ، وَنِكَاحِ امْرَأَةٍ فِي عِدَّتِهَا وَهِيَ كَغَيْرِهَا فِي الْمُسْتَقْبَلِ كَمَا لَوْ فُسِّخَ نِكَاحًا مَعَ بَيْعٍ أَوْ مَعَ إِجَارَةٍ

يعني : أن الحكم بالاجتهاد لا يكون كلياً بل هو جزئي ، ولا يتعدى الصورة التي هي محل حكمه ، وسبب ذلك أن حكم القاضي لا يتعلق إلا بالجزئيات ؛ لأن معظم ما ينظر فيه القاضي يحتاج فيه إلى بيعة ، والبيعة إنما تشهد بما رأته وشافهته ، وذلك جزئي ؛ فهذا

إذا فسخ نكاحاً بين زوجين بسبب أن أحدهما رضع من أم الآخر - مثلاً - وهو كبير فالفسخ ثابت لا ينقضه أحد ، ولكنه إن تزوجها بعد ذلك فرفع أمرها إليه أو إلى غيره ممن ولي بعده لم يمنعه ذلك الفسخ أن يجتهد ويبيحها إذا أداه اجتهاده إلى أن رضاع الكبير لا ينشر الحرمة ، وهكذا من تزوج امرأة في عدتها ورفع إلى مالكي يرى مع الفسخ تأييد التحريم ففسخ النكاح فإن حكمه لا يتعدى الفسخ ، وأما تحريمه في المستقبل فمعرض للاجتهاد كغيره ، وله أن يبدل اجتهاده .

قوله : (وَهِيَ كَغَيْرِهَا فِي الْمُسْتَقْبَلِ) أي : وهذه المرأة التي تزوجها وقد رضع معها ، أو في عدتها كامرأة أخرى تزوجها وقد رضع معها أو في عدتها ، فذكر أن هذه التي لم يتقدم فيها حكم تكون معرضة للاجتهاد كالتي فيها الحكم .

وقوله : (كَمَا لَوْ فَسَخَ نِكَاحًا مَعَ بَيْعٍ أَوْ إِجَارَةٍ) أشار بهذا إلى أنه لا فرق بين أن يكون الخلاف خارج المذهب كما في الصورتين الأوليين ، أو في المذهب كما في النكاح مع البيع أو الإجارة .

وَيَجِبُ عَلَيْهِ نَقْضُ حُكْمِ نَفْسِهِ فِيمَا يَنْقُضُ فِيهِ حُكْمَ غَيْرِهِ ، وَفِيمَا لَهُ فِيهِ رَأْيٌ فَحَكَمَ بِغَيْرِهِ سَهْوًا

(فِيمَا يَنْقُضُ فِيهِ حُكْمَ غَيْرِهِ) يندرج فيه ما خالف القطع أو قامت البينة على أنه قصد الحكم بشيء فحكم بغيره سهواً .

وقوله : (وَفِيمَا لَهُ فِيهِ رَأْيٌ) هذه صورة ثالثة يختص بها في قضاء نفسه ، وهو أن يقصد الحكم باجتهاده أو بمذهبه فيحكم بغيره سهواً فإنه يتذكر ذلك وينقض حكمه الأول ، ولا يتصور ذلك فيمن تقدمه ؛ لأنه لا يطلع على غلط من تقدمه إلا بقيام البينة على ذلك .

ابن عبد السلام : وظاهر كلامه التسوية في وجوب النقض بين جميع صور هذه المسألة ، والذي قاله سحنون فيما له فيه رأي فحكم بغيره سهواً : أن له نقضه ، ولم يقل : يجب عليه نقضه ، وَرَدَّ بِأَنْ نَصَّ قَوْلَ سَحْنُونٍ فِي [النوادر^(١)] (٢) : إذا نسي ثم تذكره أنه يرجع

(١) في ط : النوادر .

(٢) « النوادر والزيادات » (٣٩١ / ٨) .

فيه ، وكذلك ذكره فضل في «مختصره» ، وظهره وجوب النقض لقوله : وهذا يرجع فيه .

فَلَوْ حَكَمَ قَصِداً فَظَهَرَ أَنَّ غَيْرَهُ أَصَوَّبٌ فَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ : يُفْسَخُ الْأَوَّلُ ، وَقَالَ ابْنُ الْمَاجِشُونِ وَسَحْنُونَ : لَا يَجُوزُ فُسْخُهُ ، وَصَوَّبَهُ الْأُئِمَّةُ

لما ذكر ما ينقض فيه القاضي حكم نفسه باتفاق تكلم على المختلف فيه .

وقوله : (فَظَهَرَ أَنَّ غَيْرَهُ أَصَوَّبٌ فَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ) هو ظاهر التصور ، وهكذا نسبه ابن محرز وغيره لابن القاسم .

ابن راشد : وهو المشهور ، وظاهر ما روي عن عمر بن عبد العزيز رحمه الله : مَا فَتُّ الطَّيْبَةَ عِنْدِي أَهُونَ مِنْ نَقْضِ قَضَاءِ قَضَيْتَ بِهِ ثُمَّ رَأَيْتَ الْحَقَّ فِي خِلَافِهِ .

وقال ابن الماجشون وسحنون : لا يجوز فسخه ، وصوبه الأئمة كابن محرز وعباس وغيرهما من المتأخرين بوجهين : بالقياس على حكم غيره ، ولأنه لو نقض حكم نفسه في هذا لما كان لأحد وثوق بحكم ؛ لاحتمال نقضه ، وتبع في نسبة عدم النقض لابن الماجشون وسحنون ابن عبد الحكم ، لكن كلام سحنون وقع مطلقاً من غير تقييد ، وقال مطرف وابن الماجشون : إنما ينقض حكم نفسه في هذه المسألة مادام والياً ، أما إن عزل ثم ولي مرة أخرى فظهر له الصواب في غير ما كان قضى به فلا ينقضه ، وتكون ولايته الثانية كولاية غيره ، وتأول على «المدونة» القولين اللذين ذكرهما المصنف ، وليس ما نسبه المصنف لابن القاسم بصريح في أصل «المدونة» ، وإن كان المصنف لم ينسبه إليها .

خليل : وقال عباس : وقوله في «المدونة» : إذا تبين للقاضي أن الحق في غير ما قضى به رجح فيه حمل أكثرهم مذهبه في الكتاب على أن له الرجوع كيف كان ؛ مِنْ وَهْمٍ أَوْ انْتِقَالَ رَأْيٍ ، وَهُوَ قَوْلُ مَطْرَفٍ وَعَبْدِ الْمَلِكِ .

وقال سحنون : ونقل أيضاً عن عبد الملك أنه إنما يرجع فيما حكم به ذهلاً أو غلطاً لا فيما انتقل فيه اجتهاده ، وهو أظهر وأقرب للصواب ، وإلا لما استقر حكم حاكم ، وما كان أحد على وثيقة من الحكم ، انتهى باختصار .

ونقل أشهب في «الموازية» : إن كان القضاء بمال نقضه ، وإن كان بإثبات نكاح أو فسخه لم ينقضه .

ابن عبد السلام : وكلام المصنف بحسب ما تدل عليه صيغة أفعل يوهم أن محل الخلاف مقصور على ما إذا ظهر للقاضي أن ما حكم به أولاً صواب وأن غيره أصوب ، وأنه لو ظهر له أن ما حكم به خطأ لنقضه بالاتفاق ، وليس كذلك ، بل المسألة مفروضة في الرواية إذا ظهر له أن الحق في غير ما حكم به ، ولو أخذ من هذا الكلام أن الحكم في مسألة المؤلف عدم النقص لما بعد ، انتهى .

وفيه نظر ؛ فقد قال صاحب «البيان»^(١) : إذا حكم باجتهاد ثم رأى خلافه فالمشهور من المذهب أن القاضي إذا قضى بقضاء ثم رأى ما هو أحسن منه فإنه ينقضه ويرجع إلى ما رأى مادام على ولايته ، وعلى هذا فالخلاف في صورتين .

وَلَا يُمْضِي فسخَ حُكْمٍ غَيْرِهِ حَتَّى يُبَيِّنَ وَجْهَ فسخِهِ اتِّفَاقًا ، وَفِي فسخِ حُكْمٍ نَفْسِهِ مِنْ غَيْرِ تَبْيِينِ قَوْلَانِ

يعني : أنه إن فسخ حكم غيره فالاتفاق على أنه لا بد من بيان وجه الفسخ ؛ دفعاً للظنة عنه في حق القاضي المتقدم ، ولحق المحكوم عليه أولاً ، وهكذا حكى ابن حبيب الاتفاق ، وفي اشتراط بيان وجه الفسخ في حكم نفسه قولان :

أحدهما : اشتراطه دفعاً للتهمة اللاحقة للقاضي من جهة الحكم له أولاً .

والثاني : عدم الاشتراط لضعف التهمة ، لأن النفس مجبولة على دفع الخطأ عنها ، وهو قول أصبغ ، قال : إشهاده على الفسخ كاف إذا كان مأموناً ، ولكن لو قال مع هذا : قضيت للآخر لم يجز قضاؤه لعدم استيفاء الآجال والجرح والحجج ، وعادا جميعاً إلى رأس أموالهما .

وَلَا يُحِلُّ الفِضَاءُ حَرَامًا كَمَنْ أَقَامَ شُهُودَ زُورٍ عَلَى نِكَاحِ امْرَأَةٍ فَحُكِمَ لَهُ ، وَكَذَلِكَ لَوْ حُكِمَ الحَنْفِيُّ لِلْمَالِكِيِّ بِشُفْعَةِ الجَوَارِ

أي : لا يحل حراماً في الأموال ولا في الفروج ولا غيرهما ، والمثال الذي قاله المصنف : (كَمَنْ أَقَامَ شُهُودَ زُورٍ) ظاهر ، وكما لو شهد رجلان على رجل أنه طلق امرأته ثلاثاً ففرق القاضي بينهما وانقضت عدتها ، فلا يجوز للشاهد أن يتزوجها ، وبقولنا قال جمهور العلماء ، ووافقنا أبو حنيفة في الأموال وخالف في الفروج ، ورأى أن القضاء

(١) « البيان والتحصيل » (٨ / ٢٣١) .

يحلها ، وبه قال كثير من أصحابنا فيما حكاه ابن عبد البر ، وعلى هذا فالأموال مجمع عليها ، لكن وقع في المذهب قول فيمن شهد على رجل أنه أعتق عبده فرد القاضي شهادته ، ثم اشتراه ذلك الرجل الشاهد - أنه لا يعتق عليه ولو تهادى على إقراره بعد الشراء ، وكذلك من اشترى أمة واختلف مع البائع بوجه من الوجوه المؤدية في اختلاف المتبايعين إلى فسخ البيع ورجعت الأمة إلى البائع - أنه يجوز له وطؤها ، وفيها اعتذارات ضعيفة مع أن الأمر يؤدي فيها إلى خلاف الإجماع ؛ لأن ذلك في الأموال .

ودليل الجمهور ما رواه مالك وغيره أنه عليه السلام قال : «إنما أنا بشر ، وإنكم تختصمون إلي ، فلعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض فأقضي له على نحو ما أسمع منه فمن قضيت له بشيء من حق أخيه فلا يأخذن منه شيئاً ، فإنما أقطع له قطعة من النار»^(١) والحديث عام في الفروج وغيرها .

وما ذكره من قوله : (وَكَذَلِكَ لَوْ حَكَمَ الْحَنَفِيُّ... إلخ) ظاهر التصور ، ونقله ابن محرز عن ابن الماجشون فقال : وإن كان حكم باجتهاد وحكم بقول شاذ فذهب ابن الماجشون إلى فسخ حكمه ، ومثل ذلك : الحكم بالشفعة من الجار ، وتوريث ذوي الأرحام ، وترك الحكم بالشاهد واليمين .

قال : وخلاف أهل العراق في هذا ظاهر ، وهي من المسائل التي شرع فيها الاجتهاد ، وقد ذهب جماعة إلى توريث ذوي الأرحام من الصحابة والتابعين ، ولا أدري ما هذا .

وقد ذكر ابن حبيب عن ابن عبد الحكم أن القاضي إذا حكم بخلاف كائناً ما كان أنه يمضي ولا يُرد ، وهذا هو الصواب ، وكذلك استشكل ابن عبد السلام النقض في مسألة شفعة الجوار ، قال : لأنَّ مَا تَقَدَّمَ الظاهرُ فيه مخالف للباطن ، ولو علم القاضي بكذب الشهود لما حكم بهم إجماعاً ، بخلاف مسألة الشفعة فإنها مختلف فيها ، وحكم القاضي يرفع الخلاف فيكون كالمجمع عليه ، وما هذا سبيله يتناول الظاهر والباطن ، والذي قلناه هو ظاهر كلام السيوري في بعض مسائله قال : وعلى هذا لو غصب غاصب شيئاً فنقله عن مكان الغصب وكان مما اختلف فيه هل يفوت بنقله أم لا ؟ فقضى القاضي لربه بأخذه وكان مذهب ربه أنه يفوت وتجب فيه القيمة فينبغي على هذا أن لا يكون لربه التصرف فيه .

(١) أخرجه البخاري (٢٥٣٤) ومسلم (١٧/٣) من حديث أم سلمة - رضي الله عنها - .

وذكر المصنف في أصوله في الاجتهاد : لو قال مجتهد شافعي لمجتهدة حنفية : أنت بائن ، ثم قال : راجعتك - أنه يرفع إلى الحاكم فيتبع حكمه ، وهذا يدل على أن حكمه يرفع الخلاف .

وَإِذَا أَشْكَلَ عَلَى الْحَاكِمِ أَمْرٌ تَرَكَهُ ، قَالَ سَحْنُونٌ : لَا بَأْسَ أَنْ يَأْمُرَ فِيهِ بِالصَّلْحِ ، وَلَا يَحْكُمُ بِالتَّخْمِينِ ؛ فَإِنَّهُ فَسَقٌ وَجَوْرٌ

قد يشكل على الحاكم كلام الخصمين من جهة تصويره ؛ فيأمرهما بالإعادة ليفهم عنهما ، وقد يفهم عنهما ويشكل عليه وجه الحكم - وهذا هو الذي تكلم عليه المصنف - فلا يحل له الإقدام على الحكم باتفاق ، وإذا لم يحل للمفتي أن يجزم بما يفتي به هنا فأحرى القاضي ؛ نعم المفتي قد يرشد إلى الأخذ بالأحوط بخلاف الحاكم ، ثم للحاكم أن يصرفهما عنه ، وله أن يرشدهما إلى الصلح .

ابن عبد السلام : والأقرب إن كان هناك قاض غيره أن يصرفهما إليه ؛ لاحتمال ألا يشكل عليه الحكم ، وإن لم يكن غيره أمرهما بالصلح إن كان من الأحكام التي يتأتى فيها الصلح .

وإذا ظهر للقاضي وجه الحكم فلا يدعو إلى الصلح إلا أن يرى لذلك وجهاً ، مثل أن يرى أن الحكم يوقع فتنة وتهاجراً .

قوله : (وَلَا يَحْكُمُ بِالتَّخْمِينِ ؛ فَإِنَّهُ فَسَقٌ وَجَوْرٌ) نحوه لابن محرز ، قال : ويفسخ ذلك الحكم هو وغيره إذا ثبت عند الغير أنه يحكم على ذلك ؛ وظاهر كلامه أنه يفسخ وإن طابق الحق ، ونحوه لابن خويز منداد ، لكن تعقب القاسبي قوله ورأى أن يمضي من أحكام الجاهل ما وافق الصواب ، وظاهر كلام بعضهم أنه متفق على ذلك .

الجوهري : والتخمين : القول بالحدس .

وَلَا يَحْكُمُ بَعْلِمِهِ مُطْلَقاً ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ بَعْدَ الشَّرُوعِ فِي الْمُخَاصَمَةِ فَقَوْلَانِ

أي : لا يحكم القاضي بعلمه لثلاث ينسب إلى الميل ، ولقوله عليه السلام : «فأقضي له على نحو ما أسمع»^(١) ولقوله ﷺ في حديث هلال بن أمية لما لعن زوجته : «إن جاءت

به على صفة كذا فهو لهلال ، وإن جاءت به على صفة كذا فهو لشريك ابن سحماء» فجاءت به على النعت المكروه ، فقال رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ : «لو كنت راجماً أحداً بغير بينة لرجمتها» (١) .

وقوله : (مطلقاً) أي : سواء علمه قبل ولايته أو بعدها ، علمه في مجلس قضائه أم لا سواء الحدود وغيرها ، ثم استثنى من الإطلاق صورة مختلفاً فيها بقوله : (إِلَّا أَنْ يَكُونَ بَعْدَ الشُّرُوعِ فِي الْمَخَاصِمَةِ فَقَوْلَانِ) .

والمشهور أنه لا يحكم بعلمه أيضاً ، وقال مطرف وابن الماجشون وسحنون : يقضي بما علمه في مجلسه ، ولذلك جلس .

ووقع في بعض النسخ : (وَلَا يَحْكُمُ بَعْلِمِهِ مُطْلَقاً ، ابْنُ الْمَاجِشُونِ وَسَحْنُونُ : إِلَّا أَنْ يَكُونَ بَعْدَ الشُّرُوعِ فِي الْمَحَاكِمَةِ) وهو أحسن .

واختلف هل يشهد بما سمع منهما عند غيره ؟ فقليل : لا يشهد به ، وقيل : بل يشهد به .

ابن محرز : وهو الصواب ؛ لأنه أمرٌ علمه فلا يحكم به ، ويشهد به عند غيره كسائر الحقوق ، والقولان لمحمد .

وعلى القول بقبولهما فقليل : يرفع لمن هو فوقه لا لمن هو دونه ، وإليه ذهب سحنون لقوله في السلطان الأعظم الذي ليس فوقه سلطان : إذا رأى أحداً هذا حدّاً لا يقيم أبداً ، وأراه هدراً ، وقيل : يجوز الرفع لمن هو دونه .

وظاهر «المدونة» أنه لا يرفع لمن هو دونه إلا السلطان الأعظم الذي ليس فوقه سلطان للضرورة ، وكذلك قال بعضهم : إن مذهب «المدونة» التفصيل ، ففي المسألة ثلاثة أقوال .

فَلَوْ حَكَمَ بَعْلِمِهِ فِي غَيْرِهِ فَفِي فَسْخِهِ قَوْلَانِ ، وَأَمَّا مَا أَقْرَبَهُ فِي مَجْلِسِ الْخُصُومَةِ فَحَكَمَ بِهِ فَلَا يُنْقَضُ

أي : في غير مجلس حكمه ، والقول بالفسخ لابن القصار ، ونحوه في «الموازية» ، قال : إن حكم بما عنده من الشهادة قبل أن يلي ، ثم ولي غيره نقضه .

التونسي : ينقصه هو وغيره .

(١) أخرجه البخاري (٤٤٧٠) من حديث ابن عباس - رضي الله عنهما - .

ابن راشد : وهذا القول هو الأصل ، والقول بعدم الفسخ حكاه ابن القصار عن بعض الأصحاب .

ابن عبد السلام : وهو الظاهر مراعاة لقول من أجاز له الحكم بعلمه مطلقاً كأبي حنيفة وغيره ، وأما ما أقر به في مجلس الخصومة فحكم به فلا ينقض ؛ أي : بالاتفاق ، لكن ظاهر كلامه أنه لا ينقضه هو ولا غيره ، والذي في «الموازية» : ولو حكم بما أقر به في مجلس القضاء ثم ولي غيره لم ينقضه ، وأما مادام هو قاضياً فينقضه .

فَلَوْ أَنْكَرَ بَعْدَ إِقْرَارِهِ فَقَالَ مَالِكٌ وَأَبْنُ الْقَاسِمِ : لَا يَحْكُمُ بَعْلِمِهِ ، وَقَالَ ابْنُ الْمَاجِشُونِ وَسَحْنُونُ : يَحْكُمُ

فهذا هو الخلاف الذي استثناه بقوله : (إِلَّا أَنْ يَكُونَ بَعْدَ الشَّرُوعِ فِي الْمُخَاصَمَةِ) فهو تكرر .

فَلَوْ أَنْكَرَ أَنَّهُ أَقْرَبَ بَعْدَ أَنْ حَكَمَ لَمْ يُفْذَهُ عَلَى الْمَشْهُورِ ، وَفِي «الْجَلَابِ» : إِذَا ذَكَرَ الْحَاكِمُ أَنَّهُ حَكَمَ فَأَنْكَرَ الْمَحْكُومُ عَلَيْهِ لَمْ يُقْبَلْ إِلَّا بَيِّنَةٌ عَلَى حُكْمِهِ

يعني : فلو أقر أحد الخصمين فحكم عليه القاضي مستنداً لإقراره مضى ذلك الحكم ، ولا يفيد الخصم إنكاره بعد حكم القاضي ، هذا بخلاف المسألة الأولى ؛ لأن الإنكار فيها قبل تمام الحكم ، وقوله : (عَلَى الْمَشْهُورِ) هكذا صرح اللخمي بمشهورية هذا القول وعبر عنه المازري بالمعروف ، وشرط في ذلك أن يكون القاضي باقياً على ولايته ، وجعل اللخمي والمازري ما في «الجلاب» مقابله ، وأشار ابن عبد السلام إلى أن كلام ابن الجلاب ليس نصاً في المخالفة ؛ لأن مسألة المشهور أن يخالف الخصم في الحكم ، وإنما خالف في سببه وهو الإقرار بخلاف مسألة «الجلاب» فإن الخصم نازع فيها في أصل الحكم ، ولو عرضت مسألة المشهور على ابن الجلاب لاحتمل أن يوافق على المشهور ، قال : ولهذا لم يكتف المصنف بذكر المشهور عن ذكر مقابله ، بل ذكر ما في الجلاب لينبه على ذلك .

خليل : وهو وإن كان كلاماً ظاهراً إلا أنه خلاف ما فهم اللخمي والمازري وغيرهما .

المازري : والأصل الأول ؛ لأن الحاكم إذا كان باقياً على قضائه فله أن يقول الآن مستأنفاً لإيقاع الحكم : أشهدوا على أي قضيت على هذا لهذا بكذا بعد أن استقصيت الواجب ولا يمكن المحكوم عليه أن يتلقاه بالمدافعة ، وكان الذي في «الجلاب» بناء على حماية الذرائع ورأى أنه من باب حكم القاضي بعلمه .

فَلَوْ حَكَمَ بِأَمْرِ وَنَسِيَ فَشَهِدَ شَاهِدَانِ أَنَّهُ حَكَمَ بِهِ أَمْضَاهُ عَلَى الْأَصْحَحِّ كَمَا يَمْضِيهِ غَيْرُهُ
اتِّفَاقًا....

قال القاضي عبد الوهاب (١) : إذا وجد القاضي في ديوانه حكماً بخطه ولم يذكر أنه حكم به لم يعتمد على خطه ؛ لاحتمال التزوير ، ولو شهد به شاهدان عنده أمضاه على الأصح ، وهو قول مالك ، ومقابل الأصح لا يمضيه ، وحكاه أبو عمر أيضاً رواية ، وبمقابل الأصح قال أبو حنيفة والشافعي ، واحتج للأصح بما أشار إليه المصنف أنه حكم شهد به شاهدان ؛ فوجب على من رفع إليه من القضاة تنفيذه ؛ أصله لو رفع إلى قاض غيره ، وفرق بأن أحكام غيره لا يتوصل إلى معرفتها إلا بالنقل بخلاف أحكامه فإنه يعلمها من جهة نفسه ، والغالب أنه يعلمها بحيث لم يعلم دل على ريبة فيمن نقله ، وألغى هذا الفرق لأن الحاكم قد تكثر أحكامه فينسى فتدعو الضرورة إلى الرجوع فيها إلى الظن ، واحتج لمقابل الأصح بالقياس على الشهادة ، فإنه لو شهد عدلان بأن فلاناً شهد بكذا وأنكر فلان أو لم يذكر فإنه لا يعمل بشهادتهما ، وفرق بأن الشاهد متعبد بأن لا يشهد إلا بما يعلم ؛ لقوله تعالى : ﴿ وَمَا شَهِدْنَا إِلَّا بِمَا عَلَّمْنَا ﴾ [يوسف : ٨١] بخلاف الحاكم فإنه يبيني على شهادة غيره ، وهي إنما تفيد غالباً الظن .

تنبيه :

تقييد المصنف الحكم بالنسيان موافق لصاحب «التلقين» (٢) و «الجواهر» (٣) ، ومفهومه أنه لو لم ينسَ بل كان مُنكراً أنه لا يمضي ؛ لأن الإنكار أشد ، لكن هذا المفهوم غير معمول به ، فقد نقل صاحب «الجواهر» في آخر كلامه ما يخالفه فقال : قال ابن حبيب : أخبرني أصبغ عن ابن وهب عن مالك في القاضي يقضي بقضاء ثم ينكره فيشهد عليه به شاهدان - فلينفذ ذلك ، وإن أنكر الذي قضى به معزولاً كان أو لم يعزل ، ولذلك فرض ابن الجلاب (٤) المسألة في الإنكار .

(١) «الإشراف» (٢٤/٥) .

(٢) «التلقين» (٥٣٢/٢) .

(٣) «الجواهر» (١٢٤/٣) .

(٤) «التفريع» (٢٤٢/٢) .

وَلَيْسَ بَيْنَ الْخَصْمَيْنِ فِي الْمَجْلِسِ وَالنَّظَرِ وَالسَّلَامِ وَالْكَلَامِ وَغَيْرِهِ مُطْلَقًا ، وَقِيلَ : لَهُ رَفَعِ الْمُسْلِمِ عَلَى الذَّمِّيِّ

الأول ظاهر المذهب وهو ظاهر رسالة عمر ، وهو لملك ، والثاني له أيضاً .

المسازري : وإذا دخل الخصمان فهو بالخيار إن شاء سكت عنهما حتى ينطق أحدهما فيستدعي الجواب من الآخر ، وإن شاء سألهما جميعاً بلفظ التثنية فيقول : ما لكما ؟ وما حاجتكما ؟ أو ما في معني ذلك ، ولا يخص أحدهما بالسؤال فيقول : ما لك ؟ لأن ذلك يشعر بعناية القاضي به .

فائدة :

رأيت أن أذكر هنا رسالة عمر بن الخطاب إلى أبي موسى الأشعري رضي الله عنهما ؛ فإنها أصل فينبغي حفظها والاعتناء بها وهي :

«بسم الله الرحمن الرحيم

من عمر بن الخطاب أمير المؤمنين إلى عبد الله بن قيس ، سلام الله عليك ، أما بعد ؛ فإن القضاء فريضة محكمة ، وسنة متبعة ، فافهم إذا أدلي إليك ، وأنفذ إذا تبين لك ؛ فإنه لا ينفع تكلم بحق لا نفاذ له ، آس بين الناس في وجهك وعدلك ومجلسك ؛ حتى لا يطمع شريف في حيفك ، ولا يئأس ضعيف من عدلك ، البينة على من ادعى ، واليمين على من أنكر ، والصلح جائز بين المسلمين إلا صلحاً أحلّ حراماً أو حرم حلالاً ، ولا يمنحك قضاء قضيتهُ اليوم فراجعت فيه عقلك وعدت فيه لرشدك - أن ترجع إلى الحق ؛ فإن الحق قديم لا يبطله شيء ، ومراجعة الحق خير من التماذي على الباطل ، الفهم الفهم فيما تلجلج في صدرك مما ليس في كتاب ولا سنة ، ثم اعرف الأشباه والأمثال فقس الأمور عند ذلك ، واعمد إلى أقربها إلى الله تعالى وأشبهها بالحق ، واجعل لمن ادعى حقاً غائباً أو بينةً أمداً ينتهي إليه ، فإن أحضر بينة أخذت له بحقه ، وإلا أوجب عليه القضاء ؛ فإنه أنفى للشك وأبلغ للعذر ، الناس عدول بعضهم على بعض إلا مجلوداً في حدٍّ ، أو مجرباً عليه شهادة زور ، أو ظنيناً في ولاء أو نسب ، فإن الله قد تولى منكم السرائر ، ودرأ عنكم بالبينات والأيمان ، وإياك والقلق والضجر والتأذي للخصوم في المجالس ؛ فإن الحق في مواطن الحق يعظم الله به الأجر ويحسن عليه الذخر ، فمن خلصت نيته وأقبل

على نفسه كفاه الله ما بينه وبين الناس ، ومن تزين للناس بما يعلم الله منه غيره شانه الله ، فما ظنك بثواب الله في عاجل رزقه وخزائن رحمته ، والسلام»، وفي بعض هذه الألفاظ اختلاف بين الرواة والكل متقارب .

وَإِذَا سَكَتَ الْخَصْمَانِ أَمَرَ الْمُدْعِيَّ بِالْكَلَامِ ، فَإِذَا انْتَهَى طَالَ بِالجَوَابِ ، فَإِنْ أَقْرَأَ فَلِلْمُدْعِيِ الإِشْهَادُ عَلَيْهِ ، وَلِلْحَاكِمِ التَّنْبِيهُ عَلَيْهِ

قد تقدم أن القاضي مخير إذا حضر بين يديه الخصمان في السكوت ، أو يقول لهما : ما بالكما ؟ ثم إذا علم الحاكم المدعي أو اتفقا عليه أمره الحاكم بالكلام .

أشهب : ويسكت المدعى عليه حتى ينتهي المدعي ، ثم يأمره بالسكوت ويستنتطق الآخر، وهو معنى قوله : (فَإِذَا انْتَهَى) أي : المدعي - طالب القاضي المدعى عليه بالجواب .

وظاهر قوله : (طَالَ) أن للقاضي أن يسأل المدعى عليه وإن لم يقل المدعي : سله . المازري : وهو ظاهر الروايات ؛ لأن شاهد الحال يغني عن هذه الزيادة ، فإن أقر ؛ أي : المدعى عليه فللمدعي الإِشْهَادُ عليه لثلاثين ينكر .

وظاهر قوله : (وَلِلْحَاكِمِ) التخيير ، وفي «النوادر»^(١) عن ابن عبد الحكم : وإن أقر له المطلوب بشيء أمره أن يشهد عليه لثلاثين ينكر ، وإنما كان للقاضي التنبيه على الإِشْهَادِ ولم يكن من تلقين لأحد الخصمين لأن الإِشْهَادِ مع ما فيه من تحصيل الحق فيه قطع النزاع وتقليل الخصام ، وذلك من شأن القضاة .

فَإِنْ أَنْكَرَ سَأَلَ : أَلَمْ يَبَيِّنْ ؟ فَإِنْ قَالَ : لَا وَاسْتَحْلَفَهُ لَمْ تُسْمَعْ بَيِّنَتُهُ عَلَى الأَشْهَرِ إِلَّا أَنْ يَظْهَرَ عُدْرُهُ مِنْ نِسْيَانٍ أَوْ غَيْرِهِ

لما كان للمدعى عليه حالتان : إقرار وإنكار ، وقدم الكلام على الأولى - أتبعه بالكلام على الثانية ، فإذا أنكر سأل القاضي المدعي : ألك بينة ؟ فإن قال : نعم أمره بإحضارها وسمع منها وأعذر فيها لخصمه ، فإن لم يظهر مدعياً حكماً عليه ، وإن ادعى مدعياً أجله في إثباته ، فإن لم يأت به وإلا قضى عليه .

وإن قال : لا بينة لي أخبره القاضي أنه ليس له إلا يمين المطلوب ، فإن استحلفه فحلف

(١) «النوادر والزيادات» (٤٦/٨) .

ثم أتى المدعي بيئته ؛ فإن كان له عذر في تأخيرها من نسيان أو عدم تقدم علم أو ظن أنها ماتت أو بعدت وشبه ذلك قبلت ، ولا بد من يمين المدعي على دعوى نسيان البيئته أو غيره مما يدعيه .

قال ابن الماجشون في «الواضحة» : فإن لم يكن له عذر فلاشهر أنه لا تسمع البيئته ، وهو قوله في «المدونة» في كتاب الشهادات ؛ لأنه نفاها وأدخل خصمه عهدة اليمين ، ومقابله لمالك أيضاً من رواية ابن نافع وقاله أشهب ؛ لما روي عن عمر رضي الله عنه : البيئته العادلة خير من اليمين الفاجرة^(١) .

تنبيه :

قال المازري : الأصل أن القاضي لا يستحلف المدعى عليه إلا بإذن من المدعي ، إلا أن يكون من قرينة الحال ما يدل على أنه أراد من القاضي ذلك ، وقد ذكر عن بعض القضاة أن رجلاً ادعى على آخر ثلاثين ديناراً فأنكر المدعى عليه فاستحلفه القاضي ، فقال الطالب : لم أذن في هذه اليمين ولم أرض بها ، فلا بد من إعادة اليمين ، فأمر القاضي غلامه أن يدفع عن المطلوب من ماله الثلاثين ديناراً ؛ كراهة أن يكلفه إعادة يمين قضى عليه بها .

وإن تنازعا في الابتداء فالجالب إن علم وإلا أقرع بينهما

فإن تنازعا في تعيين المدعي فقال كل منهما : أنا المدعي قدم الجالب ؛ لأن قرينته تدل على صدقه ، وإن لم يعرف الجالب فقال ابن شعبان : إن اصطلحا على تقديم أحدهما ، وإلا أقرع بينهما .

المازري : وهو الأظهر .

وقال محمد بن عبد الحكم : إذا لم يدر من جلب أو استعدى لم أبال بأيهما بدأ ، وإن كان أحدهما ضعيفاً أحب إلي أن يبدأ به .

وحكي ابن المنذر قولين آخرين :

أحدهما : أن يصرفهما حتى يصطلحا ، وَصَعَّفَهُ المازري ؛ لأنهما قد لا يصطلحان فيبيان في المشاجرة .

وثانيهما : أنهما يتحالفان ، وَصَعَّفَهُ أيضاً بأنه يعود الكلام فيمن يبدأ بالحلف .

(١) أخرجه البيهقي في « السنن الكبرى » (١٠ / ١٨٢) معلقا .

وفي بعض النسخ : (فَإِنْ لَمْ يُعْرَفْ أَمْرٌ بِالْأَنْصِرَافِ ، فَمَنْ أَبِي إِلَّا الْمَحَاكِمَةَ فَهُوَ الْمُدَّعِي ، فَإِنْ أَبَى أَتْرَعَ بَيْنَهُمَا) ونحوه في «الجواهر»^(١) ، وهو في «الواضحة» لأصبع ، إلا أنه لم يجعل في ذلك قرعة .

قال في «المجموعة» : وإن قال أحد الخصمين : أنا المدعي ، وسكت الآخر فإن للقاضي أن يسأل المدعى عليه إذا سكت الآخر عن إنكار قوله أنه هو المدعي ، قال : وأحب إلي ألا يسأله القاضي حتى يسلم له الآخر ذلك نطقاً .

وَيَحْكُمُ بَعْدَ أَنْ يَسْأَلَهُ : أَبَقَيْتَ لَكَ حُجَّةً ؟ فَيَقُولُ : لَا فَإِنْ قَالَ : نَعَمْ أَنْظِرْهُ مَا لَمْ يَتَبَيَّنْ لَدَدَهُ ، ثُمَّ هُوَ عَلَى حُجَّتِهِ عِنْدَهُ وَعِنْدَ غَيْرِهِ

هذا هو الذي يسميه الفقهاء الإعذار ؛ يعني : ويحكم القاضي بعد أن يسأل المدعى عليه أبقيت لك حجة ؟ فيقول : لا ، فقوله : (فَيَقُولُ) منصوب بالعطف على (يَسْأَلُهُ) وكان المصنف هرب بإفراد الضمير مما في «المدونة» من تشنيته ؛ لأن فيها : وجه الحكم في القضاء إذا أدلى الخصمان بحجتهما ففهم القاضي عنهما وأراد أن يحكم بينهما أن يقول : أبقيت لك حجة ؟ فإن قال : لا حكم بينهما ، ثم لا تقبل منه حجة بعد إنفاذه ، فاستشكل بأن الحجة إنما تطلب ممن توجه عليه الحكم ، وهو المدعى عليه ، ولهذا اختصر أبو محمد «المدونة» بإفراد الضمير ، لكن الجواب عما في «المدونة» أن الحكم تارة يتوجه على الطالب وتارة على المطلوب ؛ لأنه قد تقوى حجة المدعى عليه وتضعف حجة المدعي ، فيتوجه الحكم عليه بالإبراء أو بغيره فلا بد من الإعذار أيضاً ، فلما كان مرة يعذر إلى هذا ومرة إلى هذا اختصر في الكلام وأتى بذلك في لفظ واحد ، هكذا قال عياض وغيره .

وقوله : (فَإِنْ قَالَ : نَعَمْ) أي : قال المدعى عليه : نعم لي حجة أنظره القاضي فضرب له أجلاً ، فإن تبين لده ففي «الموازية» : يضرب له أجلاً غير بعيد ثم ينفذ الحكم ، ولو ادعى بينة بعيدة كما لو قال : بيتي بالعراق أو بالمغرب قضى عليه ، ومتى حضرت بينته كان على حجته ويقوم بها عند هذا القاضي وعند غيره .

ابن يونس وغيره : وينبغي إذا ذكر أن له بينة بعيدة أن يكتب الحاكم في قضيته أنه ذكر أن له بينة بعيدة الغيبة ومتى حضر شهوده كان على حجته ، وقاله بعض القرويين .

(١) «الجواهر» (٣/١٢٤) .

تنبيهات :

أولهما : ما ذكره من أنه إذا ذكر أن له حجة وتبين لدده يقضي القاضي عليه هو التعجيز، قال غير واحد : ويصح التعجيز في كل شيء إلا خمسة : العتق والطلاق والنسب والأحباس والدماء ، وبه قال ابن القاسم وأشهب وابن وهب ، وفيه خلاف .

ثانيهما : للموثقين في حد أجل الإعذار كلام ؛ ففي «وثائق ابن القاسم» : الأجل تختلف باختلاف الشيء المدعى فيه ، ففي ما عدا الأصول ثمانية أيام ثم ستة ثم أربعة ثم ثلاثة تلوماً ، وفي الأصول الشهرين والثلاثة ، لا سيما إذا ادعى مغيب البينة ، وحيثئذ يعجز ، وفيه خلاف ، وفي إثبات الديون ثلاثة أيام ، وفي الإعذار في البيئات وحل العقود ثلاثون يوماً ، وللقاضي جمعها وتفريقها جرى العمل .

وفي «الوثائق المجموعة» : يضرب في غير الأصول ثمانية أيام ، ثم ستة ، ثم أربعة ، ثم ثلاثة ؛ فيكون إحدى وعشرين يوماً ، قال : وليس يضرب لمن ذهب إلى استدفاع يمين واجبة عليه مثل الأجل المذكورة ، إنما يؤجل إذا زعم أن عنده ما يدفع اليمين الأجل القريب ثلاثة أيام ونحوها ؛ لأن قوله هذا محمول على اللدد ، والأجل في الأصول أوسع من الديون والحقوق ، وهي تختلف باختلاف أحوال المضروب .

وروى أشهب عن مالك في الرجل يدعى عليه في منزل بيده ، ويأتي المدعي بينة عدل فيقول المدعي عليه : لي بينة ويسأل التأجيل فيضرب له الأجل الواسع الشهر والشهرين والثلاثة ، ويمضي الأجل ولا يحضر شيئاً ، ويذكر غيبة شهوده ، وتفرقهم ؛ هل ترى أن يضرب له أجلاً آخر أم يقضي عليه ؟ فقال : أما الصادق المأمون الذي لا يتهم أن يدعي باطلاً فأرى أن يمد له في الأجل ، وأما الذي يرى أنه يريد الإضرار بخصمه فلا أرى أن يمكن من ذلك الأمد القريب ثم يقضي عليه بما يرى ، انتهى باختصار .

وفي «مفيد الحكام» : الأجل في الإعذار موكول إلى اجتهاد الإمام ؛ خمسة عشر يوماً ، ثم ثمانية ، ثم ثلاثة تلوماً ، هذا في الأموال ، وفي غيرها ثمانية أيام ، ثم ستة ، ثم أربعة ، ثم ثلاثة .

وفي «أحكام ابن سهل» : فيمن شهد عليه بما يقتضي قتله فادعى عداوة بينه وبين القاضي تمنع حكمه عليه أنه يؤجل لإثباتها شهرين ، اتفق على ذلك فقهاء قرطبة ؛ فاعلمه .

وَإِذَا حَكَمَ بَعْدَ قَوْلِهِ : لَا حُجَّةَ لِي فَأَتَى بَيِّنَةً لَمْ يَعْلَمْ بِهَا فَفِي الْمُدُونَةِ : لَهُ ذَلِكَ ، وَقِيلَ :
عِنْدَهُ دُونَ غَيْرِهِ ...

يعني : وإذا حكم على المدعى عليه بعد أن قال : لا حجة لي ثم أتى بعد ذلك ببينة لم يعلم بها - ففي «المدونة»^(١) : لا تقبل من المطلوب حجة إلا أن يأتي بما له وجه ، مثل بينة لم يعلم بها أو يكون أتى بشاهد عند من لا يقضى بشاهد ويمين ، وحكم عليه ، ثم وجد شاهداً آخر بعد الحكم وقال : لم أعلم به فليقض له .

وقيل : إنما يكون له القيام بالبينة التي لم يعلم بها عند هذا القاضي دون غيره ؛ لأن القيام بالبينة عند غيره شبيه بنقض الحكم الأول ، وهو قول ابن المواز ، وقيل : لا يقبلها مطلقاً - لا عنده ولا عند غيره - لأنه أقر على نفسه أولاً بأنه لا حجة له .

وصرح في «البيان»^(٢) : بأن المشهور إذا عجز المطلوب وقضى عليه أن الحكم يمضي ، ولا يسمع منه ما أتى به بعد ذلك ، وذكر في تعجيز الطالب والمطلوب قولين ، وذكر ثالثاً بالقبول من الطالب دون المطلوب ، ورابعاً في الطالب إن عجزه في أول قيامه قبل أن يجب على المطلوب عمل ، وبين أن يعجزه بعد أن وجب على المطلوب عمل ثم رجع عليه ؛ أي : كما لو ادعى داراً وأقام بينة أنها لأبيه وأثبت المطلوب الحيازة . . . ، ثم قال : وقيل هذا في القاضي الحاكم دون من بعده من الحكام ، وقيل : بل ذلك فيه وفيمن بعده ، وهذا الاختلاف إنما هو إذا أعجزه القاضي بإقراره على نفسه بالعجز ، وأما إذا أعجزه السلطان بعد التلوم والإعذار وهو يدعي أن له حجة ، فلا يقبل منه ما أتى به بعد ذلك من حجة ؛ لأن ذلك قد ورد من قوله قبل نفوذ الحكم ، فلا يسمع بعد نفوذه ، انتهى .

وفي «المدونة»^(٣) في باب : القطع إثر المسألة المتقدمة ؛ أعني : إذا قال : لا حجة لنا ، وإن قال : قد بقيت لي حجة فَأَمْهَلَهُ فلم يأت بشيء حَكَمَ عليه ، فإن أتى بعد ذلك يريد أن ينقض ذلك لم يقبل منه إلا أن يأتي بأمر يرى أن له وجهاً .

ابن القاسم : مثل أن يأتي بشاهد عند من لا يقضى بشاهد ويمين ، وقال : لا أعلم لي

(١) « تهذيب المدونة » (٣/٢٢٦) .

(٢) « البيان والتحصيل » (٨/٢٣٣) .

(٣) « تهذيب المدونة » (٣/٢٢٧) .

شاهداً آخر فحكم عليه القاضي ثم وجد شاهداً آخر بعد الحكم فليقض بهذا الآخر ، ومثل أن يأتي بينة لم يعلم بها ، وإلا لم يقبل منه .

ابن المواز : وإنما ذلك عندنا في القاضي نفسه ، فأما لو ولي غيره لم يكن له أن ينظر فيه ولا ينقضه .

وقال سحنون : لا يقبل القاضي بعد الحكم من المطلوب حجة وإن أتى بما له وجه .

بعض القرويين : وما في « المدونة » أشبه ، وفي « المجموعة » في الذي يقضى عليه ثم يجد بينة لم يعلم بها أن ذلك له وقد عزل القاضي ، أيقضي بها الثاني ؟ قال : نعم .

ابن يونس : وهو صواب كما لو قال : لي بينة غائبة بعيدة .

ابن عبد السلام : وانظر هذا الخلاف حيث يقول المحكوم عليه : بقيت لي حجة والمؤلف حكاه حيث يجيب بقوله : لا حجة لي ، انتهى ، وكلام المصنف يأتي على كلام ابن رشد؛ فانظر ذلك .

وَإِذَا تَزَاحَمَ الْمُدْعَوْنَ فَالسَّابِقُ ثُمَّ الْقُرْعَةُ ، إِلَّا الْمُسَافِرَ وَمَا يُخْشَى فَوَاتَهُ

يعني : سواء كان الوقت لا يسع إلا بعضهم ، أو كان يسع الجميع ولكن كل واحد أراد التقديم - فيقدم الأول فالأول ، قيل : وينبغي أن يوكل من يعرف له الأول فالأول ، فإن لم يعرف الأول أقرع ، وصفتها أن تكتب أسماؤهم في رقاع ثم تؤخذ إحدى الرقاع بعد خلطها ، فمن وجد اسمه في تلك الرقعة قدم ، واستثنى المصنف المسافرين لضرورتهم بفوات الرفاق .

المازري : إلا أن يكثروا كثرة يلحق منهم المقيمين الضرر ، فيصار إلى القرعة .

بعض الشافعية : وإنما يبدأ الأول في حق واحد ، واختار المازري تقديمه في حقين إذا كان لا يطول ولا يضر بالجماعة ، كما لو خصم الأول وطال خصامه معه ، قال : وربما كان خصام الاثنين كخصام واحد يطول معه الخصام .

وَيَنْبَغِي أَنْ يُفْرَدَ وَقْتاً أَوْ يَوْمًا لِلنِّسَاءِ

هو ظاهرٌ تصوراً وتصديقاً ؛ خوفاً من الفتنة في اجتماعهن مع الرجال في المجلس .

المازري : وإن كانت شابة لها جمال ، ويخاف إن تكلمت أن يؤدي كلامها إلى شغف بها فإنها تؤمر أن توكل من ينوب عنها ، ولا يكون من حق الخصم أن يؤتى بها لمجلس

القضاء ، وإن احتيج إلى أن يبعث إليها وهي بدارها تخاطب من وراء سترها من يبعثه القاضي إليها ممن تؤمن ناحيته لشيخوخته ودينه ، أو يكلفه الحكومة في أمرها فعل ، وقد حضرت الغامدية مجلسه عليه السلام ، وقال في المرأة الأخرى : «واغدا يا أنيس إلى امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها...»^(١) .

وَالْمُقْتِي كَذَلِكَ

أي : في التقديم بالسبقية ، زاد ابن شاس^(٢) : وكذلك المدرس ، وجرت العادة بتقديم قارئ حديث رسول الله ﷺ على قارئ الفقه .

وَأِنْهَاؤُهُ إِلَى حَاكِمٍ بِالْإِشْهَادِ وَالْمُشَافَهَةِ

المراد بالإنهاؤ التبلغ ؛ يعني : فتبليغ القاضي حكمه لحاكم آخر يكون بوجهين : أولهما : أن يشهد شاهدان على تفصيل حكمه .

أشهب : ولا تفيد شهادتهما أنه كاتبه حتى يشهدا أنه أشهدهما عليه .

وقوله : (بِالْإِشْهَادِ وَالْمُشَافَهَةِ) أي : ولا يكون بغيرهما ؛ فلا يكتفي في ذلك بالشاهد الواحد ، أو بالشهادة على أن الكتاب بخط القاضي ، أو أن الختم ختمه ، وما يفعله أهل زماننا من كتب القاضي خطه في العلامة والاكتفاء بالشهادة على خطه دون إشهاد القاضي عليه خارج عن نصوص المتقدمين ، وإن كان وقع لسحنون وابن كنانة الاكتفاء بكتب أمنائه من أعراض البلد فجعل ذلك بعض المتأخرين أصلاً في قبول الإعلام إذا شهد على خط القاضي ، وسيأتي ما استثنى من ذلك في نواحي البلد ، وإلى هذا أشار بقوله :

فَالْإِشْهَادُ يَكُونُ بِشَاهِدَيْنِ مُطْلَقًا ، وَقَالَ سَحْنُونٌ : وَبِرَجُلٍ وَأَمْرَاتَيْنِ إِنْ كَانَ مِمَّا تَجُوزُ فِيهِ شَهَادَتُهُنَّ

(مُطْلَقًا) أي : في كل حق ، سواء كان الحق المحكوم به مما يثبت في أصله بشاهدين ، أو بشاهد وامرأتين ، أو بشاهد وامرأة ، أو لا يثبت إلا بأربعة كالزنى ، فلا يشهد على النقل إلا أربعة .

قوله : (وَقَالَ سَحْنُونٌ ... إلخ) تصوره ظاهر ، ولعل منشأ الخلاف الاختلاف في

(١) تقدم تخريجه .

(٢) « الجواهر » (٣/١٢٥) .

الشاهد واليمين فيما ليس بمال ولكنه يؤول إلى المال .

وَأَسْتُحِبُّ أَنْ تَكُونَ بِكِتَابٍ مَخْتُومٍ ، وَالْعُمْدَةُ عَلَى الشَّهَادَةِ حَتَّى لَوْ شَهِدَ بِخِلَافِهِ
أَمْضَى ...

بعض من تكلم هنا : وينبغي أن يقرأ : (استُحِبُّ) لما لم يسمَّ فاعله ؛ لثلاثتهم عوده
على مالك ، ولم ينص على ذلك ، وما ذكره من الاستحباب نحوه في «الجواهر» (١) ،
قال : ولو شهد بما فيه وهو مفتوح بغير ختم لجاز أيضاً .

ابن عبد السلام : ولا يظهر للاستحباب كبير وجه إذا كان المعتمد على ما قاله من
الشهادة ؛ لأن القبول معها دائر وجوداً وعدمًا ، وإنما يتصور ما ذكره المصنف من شهادة
الشهود بخلاف الكتاب إذا أشهدهما على الحكم وأعطاهما الكتاب ولم يقرأه عليهما ، زاد
ابن شاس (٢) بعد قوله : وإنما يعمل بالشهادة ولو خالفت الكتاب إذا طابقت الدعوى .

فَلَوْ قَالَ : أَشْهَدْتُكَمَا عَلَى أَنَّ مَا فِي الْكِتَابِ خَطِيٌّ أَوْ حُكْمِي ، فَرَوَيْتَانِ ، وَمِثْلُهُ لَوْ أَقْرَأَ
مُقَرَّبًا بِمِثْلِهِ

هكذا حكى صاحب «المعونة» (٣) هاتين الروایتين .

ابن عبد السلام : والصحيح عندي منهما إعمال ما في الكتاب ؛ لأنهما أديا عنه ما
أشهدهما به ، ولا معارض ، انتهى .

واحتج القاضي إسماعيل للإعمال بأنه عليه السلام دفع إلى عبد الله بن جحش كتاباً
وأمره ألا يقرأه إلا بعد أن يسير ليلتين ، فإذا قرأه فليبلغ ما فيه .

ووجه المازري الرواية الأخرى بأنهم إذا لم يعلموا ما تضمنه فالشهادة بمضمونه شهادة بما
لم يعلموا ، وضعفه بأن ما تضمنه على الجملة قد أقر به من أمرهم بالشهادة ، والعلم تارة
يقع جملة وتارة يقع تفصيلاً .

ابن عبد السلام : وقوله : (وَمِثْلُهُ لَوْ أَقْرَأَ مُقَرَّبًا بِمِثْلِهِ) ظاهر أن فيه الروایتين ، وكلام ابن
شاس أظهر في ذلك ، والصحيح قبول هذه البيئتين ، وإنما يحفظ الخلاف في المذهب

(١) «الجواهر» (٣/١٤٧) .

(٢) «الجواهر» (٣/١٤٧) .

(٣) «المعونة» (٢/٤٣٠) .

بالكراهة في شهادة الشاهد ، كذلك في الوصايا ؛ لاحتمال أن يكون فيها جور ، وحكى عبد الوهاب^(١) روايتين فيمن دفع إلى شهود كتاباً مطويّاً فقال : اشهدوا عليّ بما فيه .

خليل : وعموم ما نقله القاضي يصحح الخلاف الذي أشار إليه المصنف .

وَتُوْدَىٰ عِنْدَ مَنْ كُتِبَ إِلَيْهِ وَغَيْرِهِ

نحوه في «المدونة»^(٢) لأن في باب الأفضية : وإذا كتب قاض إلى قاض فمات الذي كتب إليه الكتاب أو عزل قبل أن يصل الكتاب إلى القاضي المكتوب إليه ، أو مات المكتوب إليه أو عزل ووصل الكتاب إلى من ولي بعده فالكتاب جائز ، ينفذه من وصل إليه ، وإن كان إنما كتب لغيره .

أبو إسحاق : ولا ينبغي أن يسمي المكتوب إليه ، وإنما يقال : قاضي فلانة ، ابن الحاج وهو خلاف «المدونة» ؛ لقوله فيها^(٣) : وإن كان إنما كتب لغيره .

المازري : ووقع لابن القاسم في قاضي مصر إذا كتب لقاضي إفريقية في القضاء على غائب بإفريقية فلقي المحكوم له المحكوم عليه بطرابلس أنه لا يحاكمه فيها ، وهذا يتأول على أن المحكوم عليه لا يعرف حيث لقيه خصمه ، وإنما يعرف بالبلد الذي كتب إلى قاضيه ، وإلى هذا أشار سحنون .

وَيُمَيِّزُ الْغَائِبَ بِاسْمِهِ وَنَسَبِهِ وَحَلِيَّتِهِ وَحَرْفَتِهِ وَنَحْوَهَا مِمَّا يُمَيِّزُ بِهِ ، فَإِنْ وَاَفَقَهُ آخَرُ حَيٍّ أَوْ مَيِّتٍ لَمْ يَحْكَمْ عَلَيْهِ إِلَّا أَنْ يَتَّعِنَ بَوَاجِهِ

إذا حكم القاضي على الغائب وطلب المحكوم له من القاضي أن يكتب له كتاباً بذلك إلى حاكم بلد المطلوب ليمشي به أو يرسله مع وكيل له - وجب على القاضي أن يجيب لذلك .

ويعين المحكوم عليه بكل ما يقع به التمييز من اسم ونسب وحلية وحرفة وشهرة وغير ذلك ، فإن لم يوجد بتلك البلد على تلك الأوصاف التي وقع التمييز بها إلا واحداً - فإن القاضي يؤمر بالكشف ثم يوجه الحكم عليه ، وإن وجد على تلك الصفة اثنان فأكثر ، لم يحكم على أحدهما إلا بتعيين البينة له أنه الذي أراده القاضي .

(١) « المعونة » (٢/٤٣١) .

(٢) « المدونة » (١٢/١٤٦) .

(٣) « المدونة » (١٢/١٤٦) .

واختلف إذا عين الطالب واحداً وطلبه بحميل حتى يأتي بالبينة ؛ فقال ابن القاسم في «المدونة»^(١): لا يُمكنُ مِنْ ذلك ، وقال مطرف وابن الماجشون وأصبغ : يُمكنُ إذا لم تؤمن غيبته ، ولم يكن من أهل البلد .

وإن ترك القاضي الكاتب التمييز ففي المذهب قولان :

أولهما : أن القاضي المكتوب إليه لا يعدي الطالب على صاحب الاسم المكتوب حتى يثبت الطالب أنه ليس بتلك الجهة من هو بهذه الصفة ، والاسم والشهادة في ذلك على العلم ، وهو دليل قول ابن وهب في سماع زونان .

وثانيهما : أن يعديه إلا أن يثبت صاحب هذا الاسم أن بالبلد من يوافقه في الاسم والصفة ، وهو ظاهر قول أشهب في سماع زونان ، وقول ابن القاسم في المدنية .

قوله : (بوجه) وما يتعين به كأن يومت مُشاركُهُ في هذا الاسم قبل تاريخ هذا الدين .
والمُشافهةُ بأن يكونا قاضيين ببلد واحد ، أو يكون كل واحد في طرف ولايته ، فلو كان المسموع في غيرها لم يسمع ، ولو كان السامع في شهادة ، ولا يحل له الحكمُ بها كغيرها....

هذا هو الوجه الثاني من وجهي الإنهاء .

وقوله : (بأن يكونا قاضيين ببلد) هذا - والله أعلم - إذا عرض للأول عارض يمنعه من التمام كمرض ونحوه ، وإلا فلأول أن يتم الحكم ، وتردد المازري في هذين القاضيين ؛ أعني : إذا كانا ببلد واحد وأخبر أحدهما الآخر أنه ثبت عنده بشهادة فلان وفلان كذا هل يكتفي بخبر القاضي أم لا؟ قال : فإن قلنا : إن هذا من القاضي كنقل عن شهادة فلا يكتفي هذا القاضي المخاطب بتعريفه أنهم شهدوا عنده بكذا ؛ لأن الشهود المنقول عنهم حضور ، ولا يصح نقل عن شاهد حاضر من غير عذر ، وإن قلنا : إن ذلك كقضية ؛ فإن القاضي الثاني ينفذ ما قاله الأول من غير أن يطلب إحضار الشهود ، وقد يقال : إذا قبلنا قول القاضي وحده فكذلك يصح نقله .

قوله : (أن يكون كل واحد في طرف ولايته) وذلك إما بأن يكون لكل واحد جهة من البلد ، أو يكونا في جهتين متجاورتين .

(وَلَوْ كَانَ الْمَسْمُوعُ فِي غَيْرِهَا) أي : في غير ولايته (لَمْ يُسْمَعْ) لأنه معزول في تلك الجهة ، فصار كقوله بعد العزل : كنت حكمت بكذا وأجاز أهل طليطلة أن يخبر القاضي المحل بغير بلده قاضي البلد وينفذ حكمه .

ابن سهل : ولو كان السامع للحكم في غير محل ولايته والمسموع في محل ولايته ثم رجع السامع إلى محل ولايته لم يحل له أن يحكم بما سمعه في غير محل ولايته ؛ لأنه حينئذ حاكم بعلمه ، وفي «أحكام ابن سهل» عن أصبغ ما ظاهره أن له أن يحكم ، وأجراه مجرى تنفيذ الأحكام في غير ولايته .

ابن عبد السلام : وانظر قول المؤلف : (فَهِيَ شَهَادَةٌ) فظاهره أن القاضي السامع لو طلب منه أن يؤدي ما سمعه من هذا القاضي إلى قاض ثالث لكان ذلك له ويكون شاهداً ، فيحكم بقوله مع يمين الطالب ، أو مع شهادة شاهد آخر ، وفي هذا الأصل قولان : هل يكتفي بالشهادة بذلك أو لابد من السماع من القاضي من زيادة قوله : أشهد على بكذا ؟ ولو قيل : إنه لا يشهد في هذه الصورة من غير خلاف لما بعد ، فإن ذلك الخلاف إنما هو إذا أشهد القاضي شاهدين على نفسه وحضر مجلسه اثنان غيرهما فهل لهذين الاثنان أن يشهدا بما شهد به الأولان ؟ في ذلك قولان ، وفي هذه الصورة لم يقصد القاضي المسموع إلى الإشهاد بوجه ، وإنما قصد إلى إعلام قاض آخر مشافهة ولم يتم الحكم بها ؛ فتأمله .

وَلَوْ اقْتَصَرَ الْأَوَّلُ عَلَى سَمَاعِ الْبَيْتَةِ وَأَشْهَدَ بِذَلِكَ وَجَبَ بِذَلِكَ عَلَى الْمُنْتَهَى إِلَيْهِ الْإِتِمَامُ مِنْ التَّعْدِيلِ وَالْحُكْمِ

أي : لو اقتصر القاضي الأول على سماع البينة في بلده ولم ينظر في عدالتها ، فعلى القاضي الثاني النظر في عدالتها والحكم بمقتضاها ، وإن ثبت عند الأول العدالة حكم الثاني ، وليس قول القاضي : ثبت عندي كذا حكماً منه بمقتضى ما ثبت عنده فإن ذلك أعم منه ، وإنما ذكرنا هذا لأن بعض القرويين غلط في ذلك ، وألف المازري جزءاً في الرد عليه وجلب فيه نصوص المذهب .

وَأَمَّا الْكِتَابُ الْمَجْرَدُ فَلَا أَثْرَ لَهُ

أي : عند الإشهاد ، وهذا راجع إلى قوله : (بِالْإِشْهَادِ وَالْمُشَافَهَةِ) .

قَالَ مَالِكٌ: كَانَ مِنَ الْأَمْرِ الْقَدِيمِ إِجَازَةُ الْخَوَاتِمِ حَتَّى حَدَّثَ الْاِتِّهَامُ فَأُحْدِثَتِ الشَّهَادَةُ...

هذا استدلال منه لما ذكر من أن الكتاب المجرد لا أثر له .

قوله : (عَلَى إِجَازَةِ الْخَاتِمِ) أي : ختم القاضي على كتابه .

ابن شعبان : وأول من أحدث الشهادة هارون الرشيد ، وقيل : أبوه محمد المعروف بالمهدي .

وفي «البخاري»^(١) : إن أول من سأل البينة عن كتاب القاضي ابن أبي ليلى .

وَقَالَ ابْنُ كَنَانَةَ: كَذَلِكَ إِلَّا فِي الْقَرِيبِ كَأَعْرَاضِ الْمَدِينَةِ إِلَى قَاضِيهَا فِي الْحَقِّ الْيَسِيرِ فَإِنَّهُمْ بَقُوا عَلَى الْاجْتِزَاءِ بِالْخَطِّ وَالْخَوَاتِمِ ، وَقَالَ عَبْدُ الْمَلِكِ : إِلَّا فِي الْقَرِيبِ وَأَطْلَقَ

أي : وقال ابن كنانة : لا يكتفي بالخواتم ، وهو معنى قوله : (كَذَلِكَ إِلَّا فِي الْقَرِيبِ) ككتاب الأمانة بأعراض المدينة إلى قاضيها ، وهي قراها .

الجوهري^(٢) : يقال : أخصبت أعراض المدينة ، والأعراض : قرى بين الحجاز واليمن ، وقيد بالحق اليسير ، ونص قول ابن كنانة في «النوادر»^(٣) : والناس اليوم على أنه أرجاء من أعراض المدينة ، اجتزوا بمعرفة طابعه وخطه ، وجوابه إن كان في الحقوق اليسيرة .

(وَقَالَ عَبْدُ الْمَلِكِ ابْنُ حَبِيبٍ : إِلَّا فِي الْقَرِيبِ وَأَطْلَقَ) أي : لم يقيد بالحقوق اليسيرة ؛ لأنه يؤمن مع القرب التعدي والتزوير .

مطرف وابن الماجشون وأصبغ : ولا بأس إذا كتب القاضي إلى القاضي في الشيء يسأله عنه من عدالة شاهد أو أمر يستخبره من أمر الخصوم أن يكون كتابه بغير شهود إذا عرف خطه ، ما لم يكن فيه قضية قاطعة وكتاب هو ابتداءه به فلا ينفذه إلا بعدلين ، قالوا : وأما كتابه إلى قاضي الجماعة أو إلى فقيه يسأله ويسترشد به ويخبره ، فهذا يقبله إذا عرف خطه وأتاه به رسوله أو من يثق به ، إلا أن يأتيه به الخصم فلا يقبله إلا بعدلين .

(١) « صحيح البخاري » (٦/٢٦١٧) .

(٢) « الصحاح » (١/٤٦٢) .

(٣) « النوادر والزيادات » (٢/٢٠٦) .

وَيَجِبُ عَلَيْهِ قَبُولُ مَا يَرِدُ إِلَيْهِ عَنِ الْحَاكِمِ فِي الْمَالِ وَالْقَصَاصِ وَالْعُقُوبَاتِ وَالْعَفْوِ
وغيرها إن كان أهلاً ، وورده إن كان غير أهل فإن جهله قبله إن كان من قضاة الأمصار ،
وكشف عنه إن كان من غيرهم

يعني : لا فرق في الحقوق إذا انتهت إلى حاكم بين المالية وغيرها ، إن كان القاضي
الكاتب أهلاً ؛ أي : للقضاء ، بأن تجتمع فيه شروط الولاية .

(ورده) معطوف على (قبول) أي : ويجب رده إذا لم يكن القاضي الأول أهلاً بأن
تختل منه شروط القضاء أو بعضها .

(فإن جهله... إلخ) أي : فإن جهله المنهى إليه قبله ؛ أي : المنهى إن كان من قضاة
الأمصار ؛ لأنه لا يستقضى في الأمصار إلا من كان أهلاً للقضاء ، وذلك واضح نص
عليه أصبغ في «الواضحة» .

قال ابن الماجشون : العمل عندنا أن تسمع البيئة حضر الخصم أو لم يحضر ، ثم
يعلم بهم ؛ فإن كان له مدفع وإلا قضى عليه ، ولم يره سحنون إلا بمحضره إلا أن يكون
غائباً غيبة بعيدة

الذي ذكره ابن الماجشون هو مذهب «المدونة» ، وهو أجري على أصل المذهب في
القضاء على الغائب .

وقوله : (ثم يعلم بهم) هذا لا بد منه ، ويعذر إليه في شهادتهم .

أما لو شهدوا على إقراره بمحض القاضي فهل يعذر إليه فيهم أم لا يعذر لكونه سمع
إقراره معهم ؟ قولان : الأول لابن الفخار ، والثاني مذهب الأكثر ، وبه مضى العمل ،
وقال صاحب «التحريز» : يعذر في كل الشهود إلا في خمسة .

أولها : هذا .

ثانيها : من وجه الحاكم من قبل نفسه .

ثالثها : المزكي في السر .

رابعها : المبرز في العدالة ، والعمل على أنه يعذر فيه بالعداوة لا غير ،

خامسها : من قبلت شهادته بالتوسم .

خليل : وتزاد سادسة نقلت عن ابن بشير القاضي ، وذلك أنه حكم على وزير في قضية وهو غائب ، فقال له الوزير : أخبرني بمن شهد علي ، فقال له ابن بشير : مثلك لا يخبر بمن شهد عليه ؛ يعني : وإن كان نص في «المدونة»^(١) أنه يخبر بمن شهد عليه وبالشهادة فلعل عنده حجة ، وإلا حكم عليه ، وعلى هذا فيتخصص الكتاب بهذه الصورة .

ابن رشد^(٢) : ولا بد من تسمية الشهود في الحكم على الغائب على القول بأن الحجة ترجى له ؛ ليجد سبيلاً إلى رد القضية بتجريح الشهود ، هذا هو المشهور في المذهب المعلوم من قول ابن القاسم وروايته عن مالك ، وإن لم يسم البينة فالقضية مردودة ؛ تفسخ ويستأنف الحكم فيها ، وقاله أصبغ في «الواضحة» وغيرها ، وهو الصحيح على القول بأن الحجة ترجى له ، وأما الحكم على الحاضر فلا يحتاج إلى تسمية الشهود ؛ إذ قد أعذر فيهم إلى المحكوم عليه ، إلا أن تسميتهم أحسن .

أصبغ : وبذلك مضى العمل .

ابن أبي زمنين : وهو الذي عليه الحكام ، وأما الغائب والصغير فلا بد من تسميتهم ، وقد روى سحنون أيضاً أنه لا يلزم ذلك في الغائب وأن ذلك أحسن ، وهو إنما يأتي على قول ابن الماجشون أن الغائب إذا حكم عليه لا ترجى له الحجة ، انتهى .

وَيَحْكُمُ بِالذَّيْنِ وَغَيْرِهِ مِمَّا يَتَمَيَّزُ غَالِبًا بِالصِّفَةِ كَالْعَبْدِ وَالْقَرَسِ ، وَقِيلَ : مَا لَمْ يَدَّعِ
الْحُرِّيَّةَ أَوْ يَدَّعِهِ ذُو يَدٍ

يعني : أن ما يحكم به إما أن لا يقبل التمييز قبل الحكم ، أو يقبله ؛ فالأول : لا يطلب ؛ إذ لا معنى لطلب ما يتعذر حصوله ، فتقول البينة مثلاً : غصب له حديداً قيمته كذا .

والثاني : وهو ما يقبل التمييز لا يخلو إما أن يكون تحت يد منازع فيه وشبهه كدعوى العبد الحرية ، أو لا يكون كذلك ، والثاني لا يطلب حضوره ؛ لأن الأصل ألا يكلف مدعيه بيته ، بل يأخذه بالصفة والأمانة وما في معناهما ، والأول المشهور فيه الاكتفاء بالصفة ، والشاذ لابن كنانة .

(١) «المدونة» (١٢/١٤٨) .

(٢) «البيان والتحصيل» (٩/٢٣٧) .

قال في «المجموعة» و«كتاب ابن سحنون»: فأما من يدعي الحرية أو عبداً أو قرابة بيد رجل فلا يدرك ذلك بصفته في كتاب قاض حتى تراه البيعة فيثبتونه ، ولم أسمع من قضى بذلك .

وَفِي الْعَقَارِ نَالِهَا : فِي الْغَيْبَةِ الْبَعِيدَةِ كَمَا تَقَدَّمَ

هذا الكلام يوهم أنه فرع من المسألة التي قبله ، وليس كذلك ؛ لأن السابق هل يشترط حضور المحكوم به لتشهد البيعة على عينه أو لا ؟ وهذه المسألة إنما المراد بها هل يشترط حضور المحكوم عليه ليستوفي حجته أم لا ؟

ابن عبد السلام : والقول بأنه يحكم عليه لعبد الملك ، والقولان الباقيان في «المدونة» ما لم تبعد الغيبة جداً مثل الأندلس وطنجة من المدينة فإنه يحكم عليه ، وهذا الخلاف إنما هو في الاستحقاق وحده ، وأما بيع الربع في الدين على الغائب وشبه ذلك من الحقوق فلا خلاف في المذهب أنه يباع عليه بيعة ، هكذا قال بعضهم ، ووقع في «العتبية» خلاف في بيع الربع في الدين ، انتهى .

وعلى هذا ففي حكاية المصنف الأقوال الثلاثة نظر ؛ لأن البعيد جداً يحكم عليه ، قال بعضهم : بلا خلاف ، والقريب الغيبة كالحاضر ، ولم أر جميع الأقوال ، وسأذكر لك ما وقفت عليه ، وقد قسم ابن رشد^(١) الغيبة إلى ثلاثة أقسام : قريبة ومتوسطة وبعيدة جداً أو غيبة انقطاع .

أما القريبة كاليومين والثلاثة والطريق مأمونة فالوجه أن القاضي إذا ثبت عنده قرب غيبته مع الأمن وهو من أهل علمه ، فإنه يكتب إلى قاضي البلد الذي هو فيه أو إلى عدلين من عدول ذلك الموضع ، ويعلمه بمن قام عليه وبما ادعاه وبما ثبت عنده وبتسمية الشهود الذين قبلهم وبتسمية المعدلين لهم ، فإذا ثبت عنده إقراره بأن لا مدفع له ، أو ادعى مدفعاً وعجز عنه سجل عليه وقضى عليه في الربع وغيره ، ولا يختلف في ذلك ، ولا حجة له بعد ذلك ، ولا يحكم عليه بشيء قبل الإعدار إليه .

والمتوسطة كعشرة أيام ونحوها أو على مسيرة يومين أو ثلاثة والطريق مخوفة فيحكم عليه فيما عدا الأصول ، وفيها قولان .

(١) «البيان والتحصيل» (٩/٢٣٨) .

قال في «المدونة»^(١) في القسم : سمعت من يذكر عن مالك أنه لا يقضي على الغائب في الدور [قال ابن القاسم :]^(٢) وهو رأي ، إلا في الغيبة البعيدة مثل الأندلس وطنجة من المدينة ، وما بعد فليقتض عليه [السلطان]^(٣) ، وما علمت في هذا خلافاً ، وكذلك قال مالك في «الواضحة» وأنكر ذلك ابن الماجشون وقال : إنما يقول ذلك أهل العراق ، وعلماء المدينة وحكامها على خلافه ، وبه قال سحنون ، وحيث قضى عليه فإنه لا يعذر إليه ، وترجى له الحجة ، واختلف النقل عن سحنون هل ترجى له الحجة أم لا ؟ فذكر ابن رشد عنه أنه لا ترجى له ، وكذلك ذكر ابن الهندي ، والذي ذكره عنه في «الجواهر» أنه ترجى له .

وأما البعيدة كمكة من إفريقية والأندلس من خراسان فهذا يحكم عليه في كل شيء من الديون والحيوان والعروض والرباع والأصول ، وترجى له الحجة في ذلك .

ابن القاسم في كتاب القسم : ولا يقيم القاضي لغائب أو لطفل وكيلاً يقوم بحجته .

أبو عمران : لأن الموكل تنقطع حجته بانقطاع حجة وكيله ، فلو وكل القاضي لهما لانقطعت حجتهما بانقطاع حجة الوكيل ؛ فكان تركهما على حجتهما أنفع لهما .

ابن عبد السلام : وظاهر ما ذكره ابن القاسم أنه سمعه عن مالك عدم القضاء على الغائب ولو بعدت غيبته ، وعلى هذا حمله بعضهم .

وَيَنْفُذُ الْقَضَاءُ عَلَى الْغَائِبِ بِالْبَيِّنَةِ وَالْيَمِينِ عَلَى عَدَمِ الْإِبْرَاءِ وَالْأَسْتِيفَاءِ وَالْأَعْتِيَاضِ وَالْإِحَالَةِ وَالْإِحْتِيَالِ وَالْتَّوَكُّيلِ عَلَى الْاِقْتِضَاءِ فِيهِ وَفِي بَعْضِهِ ، وَقِيلَ : وَإِنَّهُ بَاقٍ عَلَيْهِ إِلَى الْآنَ

أي : يحكم على الغائب بالدين إذا قامت للطالب بينة أو حلف ، والقول الثاني من كلام المصنف يستلزم التكرار ؛ لأن قوله : (إِنَّهُ بَاقٍ عَلَيْهِ إِلَى الْآنَ) يستلزم نفي الاحتيال والإبراء وغير ذلك ، وربما زاد الموثقون وغيرهم في فصول هذه المسألة : لم يسقط عليه من الدين شيء ، وعم هذه الزيادة بعضهم لضعف توجه دعوة الهبة على أحد القولين ، وكذلك عم الإبراء الذي ذكره المصنف ، وظاهر كلام المصنف أنه لا بد من حلف الطالب ، وقد ذكر المازري فيها قولين للعلماء !

(١) تهذيب المدونة « (٣/٣٤٨) .

(٢) سقط من ط .

(٣) سقط من ط .

أحدهما : أن يمين الطالب واجبة على القاضي لا يصح الحكم إلا معها ؛ لأن القاضي يبرم القضية ويقول في حكمه : أوجبت على الغائب هذا الحق .

وثانيهما : أنه استظهار واحتياط ، وعليه فإن لم يحلف الطالب ووصل وكيله إلى المطلوب فادعى أنه قضاة الحق فإنها مسألة فيها إشكال ، ووقف فيها حذاق العلماء ، وعندنا فيها قولان :

أحدهما : أنه لا يلزم المحكوم عليه بتسليم الحق حتى يستحلف له الطالب للحق ، فيعود وكيله إليه حتى يتم الحكم باستحلافه من الطالب .

وقيل : بل يلزم بدفع الحق وينصرف هو يطلب يمين الغائب ؛ لأن هذا إن لم يفعل وفتت الأحكام على الغائب ، ولم يعجزه أحد عن إيقافها بهذه الدعوى .

المازري : وهذا إنما يتصور إذا أثبت الحق على الغائب مستحقه ، وأما لو أثبتته وكيل المستحق فإنه لا يطلب بهذه اليمين ويرجى الأمر فيها إلى أن يدعيها الغائب إذا ورد الحكم عليه ، وأما الميت والصبي والمجنون فإنهم لا يقضى عليهم بالديون إلا بعد استحلاف الطالب ، لكون الميت يستحيل منه قضاء الدين ، وكذلك الصبي والمجنون مادام الصبي في حال الطفولة ، والمجنون في حال جنونه ، انتهى .

وَكَذَلِكَ إِذَا كَانَ غَائِبًا عَنِ الْبَلَدِ أَوْ مُتَوَارِيًا أَوْ مُتَعَدِّرًا

الإشارة بذلك إلى إنفاذ القضاء على الغائب ولم يحد مقدار الغيبة .

المازري : وهي مصروفة إلى الاجتهاد ، ولم يرد الشرع بحد معلوم ، ووقع لسحنون الإعذار إلى من بصقلية ، ووقع في رواية أخرى أن الغائب يحكم عليه قربت غيبته أو بعدت ، إلا أن تقترب جداً .

وقوله : (أَوْ مُتَوَارِيًا) أي : مستخفياً .

قال في «البيان»^(١) : إن تغيب بعد استيفاء حجته [وهرب]^(٢) فراراً من القضاء عليه فإنه يقضى عليه ويعجزه كما لو حضر ولا حجة له ، إلا على القول بأن المحكوم عليه إذا أتى

(١) «البيان والتحصيل» (١٩٢/٩) .

(٢) سقط من ط .

بحجة لها وجه بعد الحكم أنها تسمع ، وإن تغيب قبل استيفاء حجته تلوم له ، فإن لم يخرج قضي عليه من غير قطع حجته .

وذكر ابن شعبان أنه إذا توارى وأثبت الطالب حقه حكم عليه إن كان له مال ظاهر ، وإن لم يكن له مال ظاهر وثبت أنه في منزله فمنهم من يرى أنه يختم على بابه ويبعث رسولا ثقة ومعه شاهدين ؛ ينادى بحضرتهما ثلاثة أيام ، كل يوم ثلاث مرات : يا فلان ابن فلان القاضي فلان يأمرك بحضور مجلس الحكم مع خصمك ، وإلا نصب لك وكيلاً فإذا نصب له وكيلاً وسمع البينة قضى عليه إلى أن يقدر على استخراج المال منه ، ومنهم من يرى أن يهجم عليه .

ومنهم من يرى أن يرسل عدلين ومعهما جماعة من الخدم والنسوان والأعوان فيكون الأعوان بالباب وحول الدار ، ثم يدخل النسوان ، ثم الخدم بغتة ويعزلن خدم المطلوب في بيت ويفتش المنزل .

وقوله : (أَوْ مُتَعَدِّرًا) بالذال المعجمة ؛ يعني : كتمسكه بجاه ونحوه وفي بعض النسخ : (متعززا) بزائين ، والمعنى قريب .

وَقَالَ ابْنُ عَبْدِ الْحَكَمِ : إِنْ كَانَ لَهُ بِالْبَلَدِ مَالٌ أَوْ حَمِيلٌ أَوْ وَكَيْلٌ ، وَإِلَّا نَقَلَتِ الشَّهَادَةُ

يعني : أن ابن عبد الحكم قال : إنما يحكم على الغائب بشرط أن يكون له ببلد الحكم مال أو حميل أو وكيل ؛ يريد : لأنه إذا لم يكن ببلد الحكم أحد هذه الأشياء صار القاضي حاكماً على من ليس في ولايته ؛ فلذلك قال : وإلا تنقل الشهادة مع عدم هذه الأشياء لقاضي بلد المدعى عليه .

واختلف إذا كانت الدعوى في بلد والمدعى عليه في غيرها ؛ فقال عبد الملك : الخصومة والقضاء حيث يكون المدعي ، وأقامه فضل من «المدونة» ، وقال مطرف : حيث يكون المدعى عليه .

مطرف : وبه الحكم في المدينة ، وبه حكم ابن بشير بالأندلس ، قاله أصبغ وسحنون . ابن عبد السلام : واشتراط حضور الوكيل لا تظهر له كبير فائدة ؛ لأنه إن كان للمدعى عليه عند الوكيل مال فالمال وحده كاف ، وإن لم يكن له عنده مال فلا معنى لنزاعه معه ، اللهم إلا أن يكون الوكيل مفوضاً إليه يلزم الموكل إقراره عليه ، فحينئذ تظهر لذلك فائدة .

وَيَجْلِبُ الْخَصْمُ مَعَ مُدْعِيهِ بِخَاتَمٍ أَوْ رَسُولٍ إِذَا لَمْ يَزِدْ عَلَى مَسَافَةِ الْعَدْوَى ، فَإِنْ زَادَ لَمْ يَجْلِبْهُ مَا لَمْ يَشْهَدْ شَاهِدٌ فَيُكْتَبُ إِلَيْهِ إِمَّا أَنْ يَحْضُرَ أَوْ يَرْضَى

لما تكلم على الحكم الغائب ، تكلم على حاضر وما في معناه فذكر أنه يجلب مع خصمه بخاتم أو رسول إذا كان على مسافة يُعدى عليه فيها ، ولم يحددها .

ابن عبد الحكم وابن حبيب : والقريب مثل أن يأتي ثم يرجع ويبيت في منزله والطريق مأمونة ، وحدد الباجي القرب في سجلاته بثلاثة أميال .

الجوهري^(١) : والعدوى : طلبك إلى وَاَلِ لِعَدِيكَ عَلَى مَنْ ظَلَمَكَ ؛ أَي : يَنْتَقِمُ مِنْهُ ، يُقَالُ : اسْتَعْدَيْتَ عَلَى فُلَانٍ الْأَمِيرِ فَأَعْدَانِي عَلَيْهِ ؛ أَي : اسْتَعْنَتْ بِهِ عَلَيْهِ فَأَعَانِي ، وَالاسْمُ مِنْهُ الْعَدْوَى وَهِيَ : الْمَعُونَةُ .

وقوله : (فَإِنْ زَادَ لَمْ يَجْلِبْهُ مَا لَمْ يَشْهَدْ شَاهِدٌ...إِلخ) أي : شاهد بالحق ، هكذا هو منصوص لابن عبد الحكم ، وفي «وثائق ابن هشام» : لا يجلب من البعد خصماً ولا شاهداً .

سحنون في «العتبية»^(٢) : والبعد ستون ميلاً .

وَلَا يَلْزَمُ مَنْ يُزْرِي بِهَا حُضُورُ مَجْلِسِ الْحَاكِمِ أَنْ تَحْضُرَ لِتَحْلِفَ وَلَوْ كَانَتْ تَتَصَرَّفُ ، وَيَبْعَثُ الْحَاكِمُ مَنْ يُحْلِفُهَا ، فَإِنْ كَانَ فِيمَا لَهُ بِالْ فَفِي الْمَسْجِدِ لَيْلًا

الأصل أن النساء كالرجال ، إلا أنه لما كان شأنهن الستر وفي تركه امتهان لهن لم يكلفن بالإتيان إلى مسجد الحاكم ، ويبعث الحاكم من يحلفها ، ولا مقال للخصم ؛ لأن الذي له - إحلافها لا امتهانها .

وقوله : (وَلَوْ كَانَتْ تَتَصَرَّفُ) نحوه في «الجواهر» ، وفيه نظر ، ولا يتم ما قالوا إلا إذا كانت تحلف في مجلس الحكم ، وأما إن كانت تحلف بغيره فلا يلزم من الإزراء بها في حضور مجلس الحكم الإزراء بها في حضور الجامع ، ثم هو خلاف ظاهر «المدونة» ؛ لأن فيها : وتخرج المرأة فيما له بال من الحقوق فتحلف في المسجد ، فإن كانت ممن لا تخرج نهاراً فلتخرج ليلاً ، وتحلف في السير في بيتها .

(١) «الصحاح» (٤٥٢/١) .

(٢) «البيان والتحصيل» (١٩٣/٩) .

وأما الولد مثل الحرة ، بخلاف المدبرة والمكاتبة ؛ اللهم إلا أن يُحْمَلَ قول المصنف :
(وَلَوْ كَانَتْ تَتَصَرَّفُ) على أنها تتصرف ليلاً .

وفي «الطراز» عن المشاور : كل من تخرج من النساء بالنهار إلى خصام أو نزه أو مقابر وشبه ذلك تحلف بالنهار وإن خرجن مستترات ، وأما التي لا تحلف بالنهار ممن تختمر فلا تخرج في النهار في شيء ، وقريب منه ذكره ابن عبد السلام فقال : الذي مشى عليه العمل ربط هذا الحكم ؛ فمن تخرج نهاراً في حوائجها تحلف في الجامع نهاراً ، ومن لا تخرج نهاراً تحلف في بيتها أو في الجامع ليلاً ، وهكذا قال بعض الأندلسيين .

قوله : (وَيَبْعُ الْحَاكِمُ مَنْ يُحْلَفُهَا) نص في «المدونة»^(١) على أنه يكتفى بالواحد ، وهذا النعت إنما هو فيما لا بال له ، فإن كان له بال ففي المسجد ليلاً .

المازري : والمشهور أن المال الذي له بال ربع دينار .

وقال ابن المواز : بل أكثر منه مما له بال .

ابن محرز : وهو أشبه بظاهر الكتاب .

وَإِذَا مَسَّتْ يَتِيمًا حَاجَةً وَلَهُ رِبَاعٌ فِي وِلَايَةِ أُخْرَى كَتَبَ بِحَاجَتِهِ ، وَقَضِيَ بَيْعَ أَقْلَهَا رَدًا عَلَيْهِ وَتَنْفِيذِ ثَمَنِهِ

يعني : إذا كان يتيم في ولاية قاض ، وله رباع في ولاية قاض آخر ، فإن قاضي بلده يكتب بحاله وحاجته ، ويطلب منه أن يبيع من رباعه أقلها ردا عليه - والرد هو المنفعة - وينفذ الثمن إلى القاضي الكاتب ، فتنفيذه مخفوض معطوف على بيع ، وقد تقدم في الحجر الوجوه التي يباع فيها عقار اليتيم .

فروع :

الأول : إذا كانت المرأة خارجة عن ولاية القاضي لم يجز له إنكاحها إلا إذا دخلت في محل ولايته ، نقله في «الجواهر»^(٢) .

الثاني : للقاضي النظر في جميع الأشياء إلا في قبض الخراج ، ويختص القاضي أو موليه بأمور عشرة ؛ التقديم على الأيتام ، والنظر في الأوصياء وأموال الغائب من القسمة

(١) «المدونة» (١٢/١٥٠) .

(٢) «الجواهر» (٣/١٥٠) .

عليه وغيرها ، والأجاس المعقبة ، والطلاق ، والتحجير ، والإثبات ، والتسجيل ،
والدماء ، والحدود ، والأنساب .

الثالث : إذا قام عن الغائب محتسب في شيء تعدى فيه على الغائب أو أخذ له أو في
عيب أحدث عليه في داره أو أرضه فهل يمكن القاضي هذا القائم من مخاصمة ذلك
المتعدي أو لا ؟ خمسة أقوال :

أولها : أنه لا يمكن من ذلك إلا الأب والابن ومن له قرابة قريبة ، ثم إذا مكنه من
المخاصمة فلا يخرج الملك من يد حائزه ، ولا يزيل العيب الذي أحدث ؛ لاحتمال أن يقر
به الغائب أو يقر بأنه أعلم بما حدث ، وإنما يشهد بذلك خوفاً من موت الشهود ثم ينظر
الغائب ، ولو أقر من بيده العقار أو غيره أنه للغائب أخرجه عنه وجعله بيد ثقة ، ويقطع
العيب إن اعترف بإحداثه .

ثانيها : أنه يمكن من ذلك القريب والأجنبي ، قاله ابن القاسم أيضاً ، وذهب سحنون
إلى أن القاضي يوكل من ينوب عن الغائب ، وهو أحد قولي ابن الماجشون وقاله أصبغ .
وثالثها : أنه يمكن من إقامة البينة ولا يمكن من الخصومة .

ورابعها : أنه لا يمكن من إقامة البينة ولا من الخصومة إلا بتوكيل الغائب ، قاله ابن
الماجشون ومطرف في «الواضحة» .

وخامسها : أن القريب والأجنبي يمكن من الخصومة في العبد والدابة والثوب دون
توكيل ؛ لأن هذه الأشياء تفوت وتحول وتغيب ، ولا يمكن من الخصومة في غير ذلك إلا
الأب والابن ، حكاه ابن حبيب عن مطرف .

وعلى القول بالتمكين فهل ذلك في القريب والبعيد ، أو في القريب خاصة ؟ قولان :

قال سحنون : في القريب الغيبة دون غيرها .

وقيل : في البعيد ، وهو الظاهر من رواية أشهب وقول ابن الماجشون .

فهرس الموضوعات

الصفحة	الموضوع
٥	كتاب الحجر
٣٩	كتاب الصلح
٤٩	كتاب الحوالة
٦٦	كتاب الضمان
١٠٣	كتاب الشركة
١٤٣	كتاب الوكالة
١٧٥	كتاب الإقرار
٢٠٠	كتاب الاستلحاق
٢٠٨	كتاب الودیعة
٢٣٧	كتاب العارية
٢٥٣	كتاب الغصب
٢٩٤	كتاب الاستحقاق
٣٠٦	كتاب الشفعة
٣٦٠	كتاب القسمة
٣٨٧	كتاب القراض
٤٤٣	كتاب المساقاة
٤٧٢	كتاب المزارعة
٤٨٥	كتاب الإجارة
٥٧٠	كتاب الجعالة
٥٨٣	كتاب إحياء الموات

٦١٠	كتاب الوقف
٦٣١	كتاب مقتضى الالفاظ
٦٤٩	كتاب الهبة
٦٨٥	كتاب اللقطة
٧٠٢	كتاب اللقيط
٧٠٧	كتاب الأفضية
٧٧١	فهرس الموضوعات

* * *